

المبادئ القانونية العامة

المؤلف: د. الفاضل عبد الوهاب علي
الطبعة: الأولى

المؤلف:
أبو بكر بن محمد
أستاذ القانون العام
بجامعة القاهرة



٢٠٠٥

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
www.facebook.com/koutoubhasria

دار النشر: دار النشر
٢٠٠٥

المبادئ القانونية العامة

الدكتور

أنور سلطان

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية

٢٠٠٥



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سويفر - الأزليطة - الإسكندرية ت ٩٩٠-٤٨٩٨

بسم الله الرحمن الرحيم

تتويجه

سنلتزم في دراستنا للمبادئ القانونية العامة التي يحتمل على المهتم
بالقانون الإمام بها التبسيط ما أمكن، والوقوف عند المبادئ الأساسية، دون
الدخول في التفصيلات الفرعية أو استعراض أوجه الخلافات النظرية أو
التعرض للمدارس الفقهية التي لا يستلزمها التكوين العلمي للطالب.
بل سنحرص على الإيجاز مع الإيضاح حتى لا نصيب الأصول
الأساسية في خضم التفصيلات الجانبية.

والله الموفق

خطة البحث

١- سنتناول في هذه الدراسة الخاصة بمبادئ القانون لطلبة كلية التجارة

البحث في الموضوعات الآتية:

أولاً - القانون

ثانياً - الحق

ثالثاً - مبادئ نظرية الالتزام

وستقتصر فيها على دراسة القواعد التي تحكم العقد وهو أهم المصادر

الإرادية للالتزام، ثم تتبع ذلك بعرض لبعض أحكام الالتزام.

القسم الأول

القانون

مقدمة

١- ضرورة القانون للجماعة:

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، أي أنه بحكم غريزته في المحافظة على كيانه من القوى الخارجية التي تهدده في نفسه وفي عيشه، ورغبة منه في إشباع حاجياته التي لا يستطيع تأمينها بجهد الفردى مهما عظم، كان مضطراً منذ القدم إلى العيش في جماعة، أيا كان حجم هذه الجماعة أو الاسم الذي يطلق عليها، عائلة، قبيلة، مدينة، دولة.

غير أن العيش في جماعة لا يمكن أن يترك فيه الحبل على الغارب ولا لعبت الفوضى وساد حكم الغراب، وأصبحت الغلبة للقوى. وبعبارة أخرى إن الحياة في جماعة لا بد من أن تقوم على نظام يوجه نشاط الأفراد ويتفوق بين مصالحهم المتضاربة، وهذا النظام لا يستقيم ولا يقوم إلا بتنازل كل فرد عن جانب من حريته حتى تتم كفالة الحرية للجميع

على نحو يؤمن لكل شخص للطمأنينة على نفسه وعرضه وماله ونشاطه ومصالحه المشروعة.

هذا النظام يستدعي عقلا وبالضرورة وجود قواعد سلوك يستهدي بها الأفراد في تصرفاتهم ومعاملاتهم، قواعد يشعر كل فرد بوجوب احترامها ومحام الخروج على أسسها وإلا ترفض لبنزاهة توفقه عليه سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بمالها من قوة - لا قبل للفرد على مغالبتها - على حملته على اتباعها والعمل بمقتضاها.

حقيقة أن الكثير من الأفراد يقبلون على احترام هذه القواعد إيمانا منهم بضرورة ذلك لاستقرار النظام والأمن في الجماعة، ولكن مهما تسمى هذا الشعور فهناك دائما قلة من الأفراد قد يخرج على هذه القواعد حتى يرد لها السلطة العامة والجزاء الذي تملك توقيعه إلى سواء السبيل.

هذه القواعد التي تحكم للنظام في الجماعة هي للقانون، أي أن لقانون هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية، والتي تحمل السلطة العامة في المجتمع الأفراد على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة.

هذه القواعد القانونية هي التي تبين لكل فرد من أفراد المجتمع ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ذلك أن كل حق يقابله واجب، حتى أنه يمكن القول أن كلا من الحق والواجب وجهان لعملة واحدة أو بتعبير أصح لعلاقة قانونية واحدة.

والواجب قد يكون واجبا خاصا وقد يكون واجبا عاما. فإذا تعاقد صاحب مصنع مع مهندس على العمل عنده، كان هناك واجب خاص على كل طرف من طرفي هذه العلاقة القانونية باحترام العقد المبرم بينهما، فإذا أخل أحدهما بهذا العقد شغلت مسؤوليته قبل الطرف الآخر. وبجانب

هذا الواجب الخاص يوجد واجب عام مفروض على الكافة، أي على الجميع بالامتناع عن تحريض أحد طرفي العلاقة القانونية على الإخلال بواجباته التي فرضها عليه العقد، فإن خالف أحد من الكافة هذا الواجب العام شغلت مسؤولية كذلك قبل تضرر من ذلك.

٢ منهج الدراسة.

تتطلب دراسة نظرية القانون البحث في الموضوعات الآتية:

- أولاً - التعريف بالقانون وخصائصه وأقسامه، وهو ما يستدعي البحث في الروابط القانونية التي تنشأ بين الأشخاص مع التعرض لفروع قانون من ناحية، ولأنواع القاعدة القانونية من حيث قوة الإلزام من ناحية أخرى.
- ثانياً - تكوين القاعدة القانونية ومصادرها، وهو ما يتطلب الكلام في المصادر الرسمية والاحتياطية للقانون، ثم في المصادر التفسيرية له.
- ثالثاً - تطبيق القانون، وهو ما يستلزم بحث سريان القاعدة القانونية في المكان والزمان من ناحية، وفي تفسير هذه القاعدة من ناحية أخرى.

الباب الأول

التعريف بالقانون وخصائصه وأقسامه

٣- قسيم :

ظاهر من عنوان هذا الباب أننا سنتناول في بعده التعريف بالقانون مع تحليل لهذا التعريف، ثم نعقب ذلك ببيان الخصائص المميزة للقانون أو للقاعدة القانونية مع التعرض بطبيعة الحال لمسألة القانون باعتباره علما اجتماعيا ببعض علوم الاجتماع، وأخيراً نبحث في فروع القانون وأقسام القاعدة القانونية.

الفصل الأول

التعريف بالقانون

١- المعاني المتعددة لاصطلاح القانون

لإصطلاح القانون أكثر من معنى أو من مدلول، فقد يقصد بكلمة القانون أو بكلمة القاعدة، الإشارة إلى العلاقة التي تحكم بعض الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية، أو قانون غليان الماء إذا وصلت درجة حرارته إلى المالة. والقاعدة التي ينصحتها القانون هنا تعتدزها قاعدة تقريرية، لأنها مقررة لواقع يتحقق دوما إذا توافرت أسبابه دون أن يرد عليه أى إستثناء.

وقد يقصد بكلمة القانون قواعد السلوك التي يتعين على لأفراد إحترامها حتى يستقيم النظام فى المجتمع. والقاعدة التي يحثها القانون هنا تعتبر قاعدة تقريرية، لأنها تعاملب الأفراد وتطلب منهم إتباع مسلك معين وإلا تعرضوا للجزاء، وهو ما قد يحدث وقد لا يحدث، فالشخص مثلا يطالب بألا يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير، وهو ما يستجوب إليه الذس فى مجموعهم، إلا أنه قد يحدث أن يخرج البعض على هذه القاعدة فيحث عليه الجزاء^(١).

(١) راجع فى شأن التفرقة بين القواعد التقريرية، والقواعد التقويمية، حسن كبيرة، مبادئ القانون المدنى طبعة ١٩٦٨ بند ٧.

والقانون بهذا المعنى الأخير هو بطبيعة الحال موضوع دراستنا.

5- تعريف القانون،

يقصد بإصطلاح القانون مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تجعلهم السلطة العامة فيه على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة. وهذا هو المعنى العام المقصود بكلمة للقانون⁽¹⁾.

غير أن إصطلاح القانون قد لا يقتصرف إلى هذا المعنى العام بل قد يقصد به معنا خاصا، بأن يراد به مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر ما، فيقال قانون لصحافة أو قانون الإصلاح الزراعي أو قانون تنظيم الجامعات... الخ.

وقد يقصد بكلمة القانون الإشارة إلى فرع معين من فروع القانون، فيقال القانون المدني، والقانون للتجاري، وقانون للعمل... الخ.

والقانون بالمعنى العام هو القانون المطبق في بلد معين في زمن معين هو محور دراستنا، ويطلق على القانون في هذه الحالة إسم القانون الوضعي Droit Positif، فيقال مثلا القانون الوضعي المصري للدلالة على لقانون المطبق فعلا في مصر في الوقت الحاضر أو القانون الوضعي اللبناني أو القانون الوضعي السوري... الخ للدلالة على القانون المطبق في أي من هاتين الدولتين في الوقت الحاضر.

(1) تتعدد تعريف القانون تعددا يصعب حصره نتيجة لعدم اتفاق الفقهاء على النسخة التي يهتد بها لتعرف من تعريفه.

راجع في هذا الشأن: Du Dasquier (Elaude): Introduction à la Théorie générale et à la philosophie du droit, 3^{eme} édit. nos 305 et Haesaert (Y). Théorie générale de droit (1948) P. 69.

٦- تحليل القاعدة:

تتقسم القاعدة إلى طائعتين: الأولى هي طائفة القواعد التقريرية أى التى تقرر ما هو واقع فعلا على وجه الإستمرار والإستقرار دون أن يلتزم أى إستثناء، ويدخل فى هذه الطائفة القوانين التى تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية وقانون غليان الماء إذا تم تسخينه إلى درجة المائة .. الخ كما سبق أن ذكرنا.

والثانية هي طائفة القواعد التقييمية أى التى تبين ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد فى حالة حدوث ظاهرة معينة^(١)، كالقاعدة التى تقرر أنه إذا إستأجر شخص عينا فعليه دفع الأجرة إلى المأجر، والقاعدة التى تقرر أنه لا يجوز الإعتداء على ملكية الغير، مثل هذه القواعد لا توضح ما يحدث عملاً بل ما يتعين أن يحدث، لأنه كثيراً ما يقع أن يمتنع المستأجر عن دفع الإيجار، أو أن يتعدى شخص على ملك غيره بالسرقة أو الإقتلاف.

وإذا قمنا فى هاتين الطائفتين من القواعد وجدنا أنه فى القواعد التقريرية يخضع القانون لحكم الواقع، على حين أنه فى القواعد التقييمية يخضع سلوك الأفراد لحكم القانون وليس العكس.

والقاعدة من الممكن تحليلها إلى عنصرين، أولهما هو الغرض وثانيهما هو الحكم.

والغرض هو الظاهرة التى إذا تحققت تعين إعمال الظاهرة الثانية وهى الحكم وعادة يبدأ الغرض بأداة الشرط «إذا» ويبدأ جواب الشرط بلفظ «وجب» من ذلك جاء فى المادة ١/٤٢١ من التـقـنـيـن المـدنى

(١) حسن كبره، مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ بند ٧.

المصري من أنه «إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها، وقد يبدأ جواب الشرط بلفظ «جاء» في حالة التفسير بين أمرين مع وجوب أحدهما، من ذلك ما ورد في المادة ٤٣٨ مدني من أنه «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري لما أن يطلب فسخ البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن».

غير أن الأسلوب السابق ليس هو الأسلوب الوحيد الذي يلجأ إليه الشارع في التعبير عن القواعد القانونية، بل أن هناك أساليب متعددة ومقبولة تفرد جميعها نفس المعنى، من ذلك ما جاء في المادة ٤٢٨ مدني من أنه «يلتزم النافع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق للمبيع إلى المشتري، وأن يكتف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلًا أو عسيرًا». فهذه المادة تعني أنه إذا باع شخص لآخر شيئاً تعين على النافع أن يقوم بالإجراءات الضرورية لنقل الحق كفرز المبيع السعين بالفرع مثلاً، وأن يمتنع عن أي عمل يجعل نقل هذا الحق مستحيلًا أو عسيرًا، كأن يصرف بالمبيع في نفس المبيع لشخص آخر بفصل المشتري لسبب ما كاتممك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية.

أما الحكم فهو الظاهرة أو الأثر الذي يتعين وفقاً للقانون إعماله إذا تحقق القرض.

ويمكن حصر أحكام للقانون في طائفتين: الأولى أحكام مقصورة لذاتها، والثانية أحكام غير مقصورة لذاتها.

والأحكام المقصورة لذاتها توجب القيام بعمل كالمساعدة

التي توجب على المؤجر أن يتعهد للعين المؤجرة بالصيانة (م ٥٦٧ مدني).
أو توجب الامتناع عن عمل كما في جميع القواعد القانونية التي تحرم
إرتكاب الجرائم. أو تبيح للأشخاص مستكاً معيناً كما هو الشأن في القواعد
المقررة للحريات العامة كحرية العقيدة أو الاجتماع أو التنقل.
أما الأحكام غير المقصودة لذاتها فيكون المقصود منها تيسير التعبير
عن قاعدة أخرى، من ذلك ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من التقنين
المدني من أن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر قاصداً للتمييز، فالحكم المنصوص
عليه في هذه المادة وهو وجوب إعتبار كل من لم يبلغ السابعة قاصداً للتمييز،
قصد به تحديد وضبط معنى هذا الإصطلاح الذي يلجأ إليه الشارع في قواعد
أخرى، ويرتّب عليه أحكاماً معينة.

٧- خصائص القانون،

إذا إسترجعنا تعريف القانون الذي سبق لنا ذكره، وهو مجموعة
القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع، والتي تحلّهم السلطة العامة فيه
على إحترامها ولو بالقوة عند الضرورة لوجدنا أن للقانون للخصائص الآتية:

أولاً - أن القانون مجموعة قواعد اجتماعية.

ثانياً - أن القانون مجموعة قواعد سلوك.

ثالثاً - أن القانون مجموعة قواعد عامة مبردة.

رابعاً - أن القانون مجموعة قواعد ملزمة.

وسنبحث فيما يلي في كل خصيصة من هذه الخصائص.

٨- الخصيصة الأولى - القانون مجموعة قواعد إجتماعية:

للقانون لا يعنى بالإنسان المنفرد، لأن الإنسان المنفرد كـ كرسون كروزو، لا وجود له إلا فى مخيلة الكتاب والفلاسفة، ولو فرض وجود بالفعل، فإنه لا تربطه بغيره روابط إجتماعية حتى يتدخل القانون لتنظيمها.

فالقانون ما نشأت فكرته وما جد إلا لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض بإعتبارهم أعضاء فى جماعة واحدة، فيقوم إلى القانون، بالحد من حرياتهم وإزالة ما بينها من تعارض، والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينها من نصارب، وتنظيم أعمالهم والروابط التى تنشأ بينهم بحكم الإتصال وتبطل للمنافع، على أساس يتحقق به التناسق الإجتماعى.

والقانون بهذا الوصف يعتبر أسبق تاريخياً فى نشأته من نشأة الدولة، إذ عرفته الجماعات البدائية الأولى، عرفته القبيلة ثم الإقطاعية ثم الدولة.

والقانون بإعتباره مجموعة قواعد إجتماعية يختلف من دولة إلى دولة كما يختلف فى نفس الدولة من عصر إلى عصر، فتعدد الزوجات مثلاً مباح فى بعض الدوا، ومحرم فى دوا، أخرى، وبيع الرقاب وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع عند البيع بحق إسترداد المبيع خلال مدة معينة كان صحيحاً فى النقتين المندى المصرى السابق، على حين يعتبر باطلاً فى النقتين المندى للمصرى الحالى، لأنه عادة وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، قيد متاراً لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكة بضمن بخص (١٦٥ مندى) أى أن للقانون ليس جامداً بل يتطور بتطور الجماعة حتى يستجيب لناما إلى حاجياتها وإلى مقتضى الزمن الذى تعيش فيه.

والقانون فى تنظيمه لأعمال الناس وعلاقاتهم لا يتناول منها إلا قدرأ

معينا، فهو لا يتعرض لواجب الإنسان نحو ربه أى علاقته بخالقه، ولا لواجبه نحو نفسه، كذلك لا يتعرض لبعض واجبات الإنسان نحو الغير، بل يدرك الإهتمام بها وتنظيمها إلى الدين والأخلاق، أى أن القانون لا يتفرد بتنظيم علاقات الناس في المجتمع، بل تشاركه في ذلك قواعد الدين وقواعد الأخلاق.

٩- الخصيصة الثانية - القانون مجموعة قواعد سلوك،

إن القانون بإطراده تطبيقه على نفس الأشخاص وعلى ما يقوم بينهم من روابط إجتماعية متكررة، يخلق نظاما متناسقا لا يعزبه خلل ولا ينطوق، إنه قساذ. هذا النظام، هو الجامع بين القواعد القانونية والقواعد الطبيعية كقانون الجاذبية. ولو أن الفارق بينهما أن الأولى أى القواعد القانونية قطاع عن شعور وإرادة، بينما الثانية تطيعها الظواهر الطبيعية لا عن شعور ولا عن إرادة، ولا تمك إلا إبطائها.

والقانون بهذا الرصف يعتبر قاعدة سلوك، فهو ينظم سلوك الأفراد حكما كانوا أم مسكومين بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر.

بطريق مباشر عن طريق النهى عن أمر كالتنهي عن الإضرار بالغير (م ١٢٢ موجبات و١٦٣ مدنى) أو إباحة أمر كإباحة التعامل فى الأشياء المستقبلية إلا ما استثنى منها (م ١٨٨ موجبات و ١٢١ مدنى)، أو التكليف بأمر كالقوانين الخاصة بدفع الضرائب.

بطريق غير مباشر عن طريق الإكتفاء بتقرير أوضاع أو مراكز قانونية دون النهى عن مسلك أو الأمر بعمل أو بالإمتناع عنه، من ذلك القواعد التى تحدد بعض المعانى القانونية أى التى تتضمن تعريفات، أو

القواعد التي تنظم جهات الإدارة أو المحاكم وتحدد اختصاصاتها، ولكن مثل هذه القواعد وإن كانت لا تتناول تنظيمًا مباشرًا لميلوك الأفراد، إلا أنها تنظمه بطريقة غير مباشرة، فالقاعدة التي تعدد اختصاص محكمة معينة بنظر نوع معين من المنازعات أو القضايا، تتضمن في الواقع أمراً إلى ذوي الشأن في مثل هذه القضايا بالالتجاء إلى هذه المحكمة في منازعاتهم، وأما إلى القاضي بنظر هذه المنازعات دون سواها.

١٠- الخصيصة الثالثة - أن القانون مجموعة قواعد مجردة وعامة،

من خصائص القاعدة القانونية أنها مجردة وعامة، ويقصد بالتجريد أن الفرض وهو الذي ينصرف إليه الحكم لا يختص بشخص أو بأشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو بوقائع معينة بذاتها، بل تنطبق القاعدة على كل شخص توافرت فيه صفات معينة، وعلى كل علاقة استكملت شروطاً معينة، وبذلك تتحقق الخصيصة الأخرى للقاعدة وهي عموم التطبيق، بمعنى أن الحكم ينطبق على كل من يتوافر فيه الوصف المذكور في الفرض سواء كان شخصاً أو واقعة.

ولكن لا يشترط لتوافر صفة العمومية إنطباق القاعدة القانونية على جميع أفراد المجتمع، إذ قد يقتصر تطبيقها على طائفة أو على فريق منه توافرت فيه صفات معينة.

فالقانون التجاري يقتصر على تنظيم العلاقات بين التجار، بينما القانون المدني ينصرف إلى جميع أفراد المجتمع، وهذا لا يمنع من الاعتراف بصفة التجريد والعمومية للقانون التجاري. بل إن من القوانين ما ينطبق على فرد واحد، مادام هذا الفرد منظوراً إليه بصفته لا بذاته كالقانون المنظم سلطات رئيس الدولة.

وعلى هذا النحو إذا كانت القواعد المنظمة لإكتساب الجنسية أو لإسقاطها تعتبر قواعد قانونية، لأنها قواعد مجردة وعامة، فإن القرار الصادر بمنح الجنسية لشخص أو بتجريدته منها لا يعتبر قانوناً لأنه موجه إلى شخص معين بالذات.

والتجريد والعمومية في القاعدة القانونية لا يقتصر على من يوجه إليهم بخطابها من الأشخاص، بل إن لهذه الخصيصة وجهة أخرى تتعلق بموضوع القاعدة. فالقاعدة القانونية مجردة وعامة بمعنى أنها تنصرف إلى عدد غير محدد من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط معينة، كالتقواعد الخاصة بالبيع أو الإيجار أو الهبة، إذ كل بيع أو إيجار أو هبة تولد فيه الشروط القانونية، تطبق عليه أحكام هذه القواعد ويرتب الأثر التي تقررها كالأثر الخاص بنقل الملكية أو ضمان التعرض أو الاستحقاق في عقد البيع.

وبناء على ما سبق لا يعتبر قانوناً الأمر أو القرار الخاص بعلاقة أو بعمل معين بالذات، كالقرار الصادر بزرع ملكية عقار للمنفعة العامة، أو بإغلاق محل عمومي.

١١- الخصيصة الرابعة - أن القانون مجموعة قواعد ملزمة.

مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لإقامة النظام الاجتماعي، بل لابد من أن يصحبها جزاء يوقع على من يخالفها أو يخرج على أحكام، هذا الجزاء هو الذي يجعل الناس على إحترامها، ولو أن الكثير منهم يطعنونها ويمثلون بها لا رهبة ولا خوفاً من الجزاء، بل إقناعاً بما في إحترامها والإنقياد لأحكامها من استقرار للنظام الاجتماعي وحفاظ عليه.

والجزاء كما عرفه بعض الفقهاء «شر مطبق على شرط مخالفة لقانون يقصد حمل الإنسان على إطاعة أحكامه والعمل بمقتضاه» .
والجزاء يتميز بأنه يوقع جبراً بواسطة السلطة العامة وفق نظام معروف مقدماً.

فالجزاء يوقع جبراً، ولذا يرى فريق من الفقهاء أن من الأفضل التعبير عن الجزاء القانوني بلفظ «الاجبار» لأن هذا التعبير الأخير يكشف عن صفته المادية التي توقع على الإنسان في الحياة الدنيا، وفي هذا تختلف قواعد القانون الدين وقواعد الأخلاق، فقواعد الدين الجزاء على مخالفتها أخروي أي يوقع في الحياة الآخرة، وقواعد الأخلاق الجزاء على مخالفتها يتمثل في إحتقار المجتمع وسخط الرأي العام، في حين أن الجزاء على مخالفة قواعد القانونية مادي له مظهر خارجي كالحبس أو السجن أو التنفيذ على أموال المدين.

كذلك يتميز للجزاء بأنه يوقع بواسطة سلطة عامة لها من القوة ما لا قبل للأفراد على مخالفتها، وأنه يوقع وفقاً لنظام مرسوم معروف.

وللجزاء صور عدة، تختلف وتباين باختلاف القواعد القانونية،

ففي المسائل الجنائية يكون للجزاء بدويع عقوبة بدنية كالحبس، أو مالية كالغرامة، وعقوبة تبعية كالغلق والمصادرة، كما قد يترتب على توقيع العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية كالحق في تولي الوظائف العامة.

وفي المسائل المدنية يتنوع الجزاء، فقد يكون تعويضاً مالياً، أو تنفيذاً على أموال المدين المتعنت، أو حكماً بإبطال الاتفاق المخالف للقانون.

وفي المسائل الإدارية قد يكون الجزاء الذي يوقع على الموظف هو الإنذار أو الخصم أو التنزيل من الدرجة أو الفصل، وقد يسمح لفصل عقوبات تبعية كالحرمان من المعاش أو المكافأة.

وفي مسائل الإجراءات (أصول المحاكمات المدنية، وقانون تحقيق الجنايات) يكون الجزاء الحكم ببطالان الإجراءات المخالفة لأحكام هذين القانونين، كالحكم ببطالان صحيفة الدعوى.

هذا وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الجزاء عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية.

فذهب فريق إلى أن الجزاء من مستلزمات القاعدة القانونية، وأنه لا تعتبر قاعدة قانونية تلك التي لا تقترن بجزاء يوقع جبراً، وقد جعل أصحاب هذا الرأي من الجزاء معياراً للفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية.

وذهب فريق آخر إلى أن الجزاء ليس عنصراً مكوناً للقاعدة القانونية، بل هو عنصر خارجي متعلق بمدى، نفاذها، أو عبارة أخرى، أن القاعدة القانونية لا يشترط نقيامها أن تقترن فعلاً بجزاء، بل يكفي أن تنبئ نحو الإقتران بجزاء، أي أن عدم نوافر الإيجاب المادي في القاعدة القانونية لا ينفي وجودها، بل يقلل من فاعليتها ونفاذها في العمل، ويدلل أصحاب هذا الرأي على صحة نظرهم بخلاف الجزاء في بعض فروع القانون كالتقنين الدولي العام والقانون الدستوري.

ولكن من الممكن تفنيد هذا الرأي عن طريق التأمل في طبيعة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري.

ذلك أنه بالنسبة للقانون الدولي العام، يمكن القول بأن التنظيم الدولي لم يبلغ بعد آخر مراحل تطوره، مثلما فعل النظام الداخلي للدولة من حيث توافر سلطة عليا فوق الأفراد تكوّن توقيع الجزاء. وإن كان هذا لا يعنى إنقضاء أى جزء عن قواعد القانون الدولي العام، إذ من الجزاءات المتوافرة لهذا القانون؟ مقابلة المثل بالمثل، وتوقيع العقوبات الاقتصادية، وفسخ أو بطلان المعاهدات. الخ.

أما بالنسبة للقانون الدستوري فالجزاء أو الإكراه متوافر، غاية الأمر أنه يأخذ صورا أخرى تغاير صور الجزاء العادي التي سبق أن أشرنا إلى أنواعها، لأنه لما كان هذا القانون يهدف أساساً إلى تنظيم السلطات العامة في الدولة، فلا يتصور - والمخالفة قد تقع من إحداها - إلا إنشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات بما يكفل إحترام الدستور، تحت حراسة الشعب الذي له الإلتجاء إلى الوسائل السلمية أو الثورية عند الإقتضاء لفرض هذا الإحترام.

١٢- القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى:

رأينا أن القانون هو مجموعة قواعد تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، غير أن القواعد القانونية لا تحتكر تنظيم سلوك الأشخاص، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن، فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وهناك قواعد الأخلاق، وأخيراً هناك قواعد الدين، وجميعها قواعد إجتماعية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع. من أجل ذلك يدعى التفرقة بين قواعد القانون وبين غيرها من القواعد الإجتماعية.

١٢- القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد،

يقوم كل مجتمع على قواعد سلوك تواسع الناس على إتباعها بحيث تعتبر من تقاليد هذا المجتمع، ويحرص الناس على إتباعها في صلاتهم أو في عظيرهم وملبسهم.

فهناك مثلاً قواعد المجاملات كالسلام ورد التحية عند اللقاء، والعزاء والمواساة في الموت أو الكوارث، والتهنئة في المناسبات السعيدة.

وهناك قواعد تجرى بها التقاليد في شأن العظير أو العلبس أو طريقة الأكل، إلى غير ذلك من مظاهر الحياة، وهي قواعد تنشأ في المجتمع دون إرادة واعية مدبرة، بل يدرج الناس عليها بطريقة تلقائية، ويتوارثها جيل بعد آخر، حتى يأتي من يعدل عنها بل ويحاربها إذا كانت تتنافى ومنطق العقل أو الذوق السليم.

وإذا كانت هذه القواعد تتفق مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الأفراد في الجماعة، إلا أنها تختلف عنها في ماهية الجزاء. فالجزاء على مخالفة قواعد المجاملات أو العادات أو التقاليد يتمثل في إستنكار الناس، حين أن الجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه جبراً على الأفراد.

وعنة هذا الإختلاف في نوع الجزاء تكمن في قيمة المصالح التي يهدف كل نوع من هذه القواعد إلى تحقيقها، فالمصالح التي تكفلها القواعد القانونية مصالح ضرورية ولازمة للحياة في الجماعة، ولذا يتعين فرض إجترلها بجزاء مادي توقيه السلطة العامة جبراً. في حين أن المصالح التي ترعاها العادات والتقاليد ليست لها هذه الصفة الحيوية، ولذا يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد إستنكار الناس.

وقد ترقى بعض القواعد المستمدة من العادات والتقاليد والمجاملات إلى مستوى القواعد القانونية، وذلك إذا رأت السلطة العامة في الدولة

أن من المصلحة سند هذه القواعد بجزء مادي، كما هو الشأن في توقيع عقوبة الغرامة على كل من يدخل في بعض الأماكن العامة التي ترى الدولة وجوب الإمتناع عن التدخين فيها حرصا على صحة المواطنين.

١٤- القانون والأخلاق:

يتصل القانون إتصالا وثيقا بعلم الأخلاق لأن الكثير من لمبادئ القانونية تقوم على أسس أخلاقية، فالقانون مثلا يعاقب على القتل واسرفة، وقواعد الأخلاق تحرم ذلك، والقانون يلزم المتعاقدين بتنفيذ إلزامه، وقواعد الأخلاق تدعو إلى للوفاء بالعهد، والقانون يحرم الإثراء بلا سبب مشروع، وقواعد الأخلاق، كنهاى عن ذلك.

على أن اتصال علم القانون بعلم الأخلاق لا يمنع من الفصل بينهما وتحديد دائرة كل منهما. فقواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون، إذ تشمل واجب الإنسان نحو نفسه ونحو الغير، على حين أن القانون لا يتعرض إلا لبعض واجبات الإنسان نحو غيره، وهي الواجبات التي إذا تركت يغير ضابط ويغير جزء مادي، لمعت الفوضى، وإختل النظام الاجتماعي.

وقد قيل أنه حتى بالنسبة لهذا القدر من الواجبات والأعمال التي يشترك القانون في تنظيمها مع الأخلاق، تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق. إذ بينما لا تعنى الأولى إلا بالأعمال الخارجية، فإن الثانية تهتم علاوة عليها بالبواعث والنية. وأنه على أساس هذا للمعيار يمكن التفرقة بين الأخلاق والقانون، ف نطاق الاخلاق قاصر على ما يعتج في الصنيع وما يكمن في النفس من نوايا ومقاصد، على حين يقتصر مجال القانون على الأفعال الخارجية دون الجرى والبحث في النية لاستخلاص دوافعها.

غير أن هذا القول محدود، كما أن المعيار الذي يعتمد في التفرقة بين القانون والأخلاق غير سليم، لأنه أنصح أن القانون لا يهتم بالنية وحدها فإنه يوليها عنايته إذا صاحبها أعمال خارجية، وفي القواعد الخاصة بحسن وسوء النية، وبالفشل والتدليس، وفي سبب العقد، ونظرية النصف في استعمال الحق ما يتضمن هذا الرأي، فالمالك مثلاً الذي يقيم على حدود ملكه سوراً مرتفعاً لحجب الضوء والهواء عن ملك الجار، دون منقعة حقيقية له، يجبر على هدم السور إلى الإرتفاع للمعقول، مادامت نيته من تشييد ذلك السور لم تنصرف إلا للإضرار بالجار، وبذلك يرد عليه قصده ويمنع من النصف في استعمال حقه في ملكيته.

إن القانون يلتقى بعلم الأخلاق ويشترك معه في تنظيم بعض واجبات الفرد نحو غيره، ومع ذلك فإن كلا منهما ينتظم قواعد بجهلها الآخر، فبينما يحتوى علم الأخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو نفسه، وهو ما لا يعنى به علم القانون، نجد أن هذا الأخير يضم قواعد لا تمت إلى الأخلاق بصلة كقواعد الإجراءات، أو تتعارض مع مبادئ الأخلاق كالقواعد المنظمة لسعر الفائدة أو إسقاط الحقوق وإكتسابها بالتقادم.

١٥-١ الجزء والغاية هي كل من القانون والأخلاق.

علم القانون وعلم الأخلاق إذاً كلنا يختلفان من حيث نطاق كل منهما، فهما يختلفان أيضاً من ناحية للجزاء ومن ناحية الغاية.

فالجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تنولى توقيعه السلطة العامة في الدولة، على حين أن الجزاء على الخروج على مبادئ الأخلاق جزاء معنوي يتمثل في إحتقار المجتمع وسخط الرأي العام.

وقد رأى بعض الفقهاء فى إختلاف طبيعة الجزاء فى القانون عنه فى الأخلاق معياراً للتفرقة بينهما.

ولكننا نرى أن هذا رأى نظره، ذلك أن لقواعد الأخلاق كما لقواعد القانون جزاء، وإن إختلفت طبيعته فى كل منهما نتيجة لإختلاف الغاية التى ترمى إلى تحقيقها، ولذا نرى أن يكون معيار التفرقة بينهما هو الغاية.

فالقانون يرمى إلى تحقيق غاية واقعية نفعية هى إقامة النظام فى المجتمع والحفاظ عليه، بينما الغاية من الأخلاق هى السمو بالإنسان والارتفاع به نحو الكمال: أو بعبارة أخرى أنه إذا كانت الغاية من لقانون نفعية واقعية، فإن الغاية من الأخلاق نفسية مثالية.

ويترتب بطبيعة الحال على إختلاف الغاية إختلاف الجزاء، ■ دامت الغاية من الأخلاق هى السمو بالنفس الإنسانية فيكون الجزاء على مخالفتها هو إستنكار المجتمع فضلاً عن الشعور بالحطة وتأنيب الضمير، أما القانون والغاية منه هو إقامة النظام فى المجتمع والحفاظ عليه فيكون الجزاء على مخالفة مادياً تتولى توقيعه السلطة العامة.

غير أن إختلاف الغاية فى كل من القانون والأخلاق وإن أدى إلى إختلاف الجزاء وإختلاف نطاق كل منهما بما قد يؤدى إلى تعارض بعض قواعد القانون مع قواعد الأخلاق فى بعض الأحيان كالقواعد الخاصة بالقواعد أو التقادم على ما سبق أن ذكرنا، إلا أنه لا يمنع من أن القانون يعتمد أساساً على الأخلاق، فالقواعد القانونية ما هى إلا قواعد أخلاقية بالنظر الذى يرى المشرع لزومها لإقامة النظام الإجتماعى. وحتى بالنسبة للقواعد الأخلاقية التى لم ينص عليها القانون، وهى التى يطلق عليها اسم «الآداب» يرى المشرع كذلك وجوب إحترامها حماية للمجتمع

والنظام الاجتماعي من الإتهام أو التفكك، ولهذا نصت المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا». كما نصت المادة ١٣٦ منه على أنه «إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا». كالإتفاق على إقامة علاقة جنسية غير مشروعة مقابل مبلغ من المال.

ونفس الحكم في القانون اللبناني كما يستفاد على سبيل المثال من المادة ١٩٢ من قانون الموجبات والمعقود والتي تقرر أنه «باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب».

والخلاصة أنه للفرقة بين القانون والأخلاق يجب اعتماد الغاية كمعيار يستهدي به في هذا الشأن، فالقواعد التي تحدد سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته من «حيث سموها وأطمئنانها الداخلي» هي قواعد أخلاقية، أما التي تحدد سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع وأثاره عليه فهي قواعد قانونية.

١٦- صلة القانون بالدين.

الدين هو مجموعة الأوامر والنواهي التي أنزلها الله سبحانه وتعالى على رسله لهداية الإنسان وتحقيق سعادته في الدنيا والآخرة.

ويختلف نطاق الدين عن نطاق كل من الأخلاق والقانون. فالدين يتناول واجبات الإنسان نحو نفسه ونحو غيره. أما الأخلاق فتتناول واجبات الإنسان نحو نفسه ونحو غيره، في حين أن القانون يقتصر على واجبات الإنسان نحو غيره.

وبجانب هذا الوجه من أوجه للخلاف، يختلف الدين كذلك عن

الأخلاق والقانون من حيث الجزاء. فالجزاء على مخالفة أحكام الدين جزاء آخرى هو العذاب في الحياة الآخرة. أما الجزاء على مخالفة مبادئ الأخلاق فهو كما سبق أن رأينا، جزاء دنيوي معنوي يتمثل في استنكار الرأي العام، وأن الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء مادي تتولى السلطة العامة في الدولة توقيمه.

غير أن أوجه الخلاف السابقة الذكر لا تمنع من أن مبادئ الأخلاق تتفق في أصولها مع أحكام الدين، وأن الكثير من القواعد القانونية ينطوي على حقيقة خلقية كما سبق أن أوضحنا، وبذلك تستبين الصلة بين الدين والأخلاق والقانون. بل وأكثر من ذلك، فقد يصيغ المشرع من بعض أحكام الدين قواعد قانونية، كما هو الحال في مسائل الوفاق والميراث والوصية والولاية على المال.

١٧- صلة القانون بعلوم الاجتماع الأخرى:

رأينا أن القانون ينظم روابط الأفراد بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء في جماعة واحدة، أي أن القانون علم اجتماعي، ويتعين لهذه العلة بيان صلته بسائر العلوم الاجتماعية الأخرى كعلم الاجتماع، وعلم السياسة، وعلم الاقتصاد، وعلم النفس، وقد سبق أن بينا صلته بعلم الأخلاق.

فالقانون عندما ينظم روابط الأسرة يتأثر بعلم الاجتماع ويمتدشد بمبادئه، وإذا تعرض لتنظيم السلطات العامة وإدارتها وعلاقاتها بالأفراد يتصل بعلم السياسة، وإذا صاغ قواعد المعاملات المالية اقترب من علم الاقتصاد، وإذا اهتم بكيفية ادراك الأفراد لمصنوع القواعد القانونية وكيفية خضوعهم لأحكامها اتصل بعلم النفس.

١٨ - القانون بين المذهبين الفردي والاشتراكي،

ساد المذهب الفردي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويهدف هذا المذهب إلى تقديس الحرية الفردية، ويجعل من الفرد الهدف من تنظيم المجتمع، كما يجعل من الحرية الفردية جماع الحقوق الطبيعية التي يولد الفرد بها. وعلى هذا الأساس يرى هذا المذهب أن القانون غاية واحدة هي ضمان هذه الحرية للفردية. ويتحقق هذا الضمان عن طريق رفع التناقضات بين حريات الأفراد ومنع التضارب بين حقوقهم، ولذا يقتصر دور القانون على تقييد هذه الحريات بالقدر الذي يضمن للجميع التمتع بحقوقهم وحرياتهم على قدم المساواة، ولذا يقال أن دور القانون في ظل هذا المذهب هو دور ملهي، قاصر على تحقيق هذه الحرية دون التدخل في شئون الأفراد.

وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية، وظهرت فكرة العقد الاجتماعي، لجان جاك روسو، في مجال الفلسفة الاجتماعية، وتقتصرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية وهو ما نادى به الفيزيوقراطيون، ومحرر هذه الأفكار جميعا هو اهتمام الحرية الفردية ومبدأ استقلال الإرادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وقد انطبعت هذه الأفكار في أذهان واضعي «قانون نبلين»، فصدر هذا القانون وبالتالي القوانين التي نقلت عنه مشبعة بالمذهب الفردي.

وإذا كان لهذا المذهب فضل محاربة استبداد الدولة وطلباتها، وتقديس الحرية الفردية، وتشجيع النشاط الفردي، إلا أن أنصاره ما لبثوا أن ضالوا فيه إلى حد أن ردوا إلى الإرادة جميع الالتزامات، بل

جعلوا من الإرادة مصدر جميع الحقوق، فالملكية مثلا مبنية على الإرادة، بل هي الإرادة الحرة في العالم المادي.

وقد ومنذ هذا الاغراق من أسس المذهب الفردي في صبيد الإرادة إلى حد مجانب الحقيقة، والجرى ووله افتراضات لا تمت إلى الواقع بصلة، وقد كان من نتيجة ذلك أن ظهر المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي.

ويهدف المذهب الاشتراكي إلى تحقيق صالح الجماعة باعتبار أن المجتمع هو الهدف من القانون، ولا ينظر إلى مصلحة الفرد إلا من خلال هذا الصالح الجماعي، ولذا يكون للقانون فيه دور إيجابي لا يقتصر على المحافظة على النظام في المجتمع، بل يرمى إلى توجيه النشاط الفردي إلى ما فيه خير المجتمع وسعادته، باعتبار أن المجتمع ليس مجموعة من شخصيات تحتفظ بذاتها، كما يرى المذهب الفردي، بل وحدة متلاحمة تنجس جهود أفرادها نحو غاية مشتركة واحدة هي، خير المجموع.

وعلى هذا النحو تطورت النظرة إلى الملكية ووظيفتها، وإلى فكرة العقد ودور الإرادة في تكوينه وتحديد آثاره.

غير أنه إذا كان للمذهب الفردي لم يعلم من مثالب أخصها الاغراق في تقديس الحرية الفردية، فإن المذهب الاشتراكي كذلك - في بعض صورته - لم يعلم من عيب لنكار هذه الحرية والوصول في بعض تطبيقاته إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والنضحية بمصلحة الفرد نضحية تامة في سبيل مصلحة المجموع.

الفصل الثاني

الروابط القانونية

١٩ - أنواع القواعد القانونية.

إذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الاجتماعية بين الأشخاص، إلا أن شخص القانون ليس واحداً، فهناك الشخص الطبيعي أي الإنسان، كما أن هناك الشخص المعنوي أو الاعتباري .

والشخص المعنوي ينقسم بدوره إلى شخص معنوي خاص كلشركة التجارية، وشخص معنوي عام أي يمارس سلطة عامة كالدولة، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص .

كذلك فإن القواعد القانونية، وأن كانت جميعها تتميز بخاصية إلزام، إلا أنها تنابهن من حيث إمكانية الاتفاق على ما يخالفها . فبعض هذه القواعد لا يجوز لإرادة الأفراد على ما يخالف حكمها، بينما البعض الآخر من الجفز الاتفاق على استبعاد حكمها . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمره وقواعد مكملة أو مفسرة .

الفرع الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٠- تهيئه:

يرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة أهمها تقسيمان: الأول، هو تقسيم القانون إلى قانون موضوعي، وقانون شكلي، والذتي هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص.

والمعيار الذي يقوم عليه التقسيم الأول أساسه أن القانون الموضوعي يتناول أحكاما موضوعية تحدد الحقوق والواجبات التي تشملها عليها العلاقات التي يتصدى لتنظيمها كالقانون المدني والقانون التجاري مثلا.

أما للقانون الشكلي أو الإجرائي فيتمثل قواعد الإجراءات التي يتعين إتباعها لافتضاء الحقوق التي يقررها القانون الموضوعي، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجنائية، فالأول مثلا يبين المحكمة المختصة بنظر النزاع، وكيفية رفع الدعوى، وطريقة إقامة الأدلة وصحور الحكم في الدعوى وكيفية تنفيذه.

غير أن هذا التقسيم يأتي في المرتبة الثانية بالنسبة لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وهذا هو التقسيم التقليدي الذي لا يزال مسلما في الفقه الحديث لأهميته حتى بالنسبة لمن يهاجمه من الفقهاء.

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

٢١- معيار التفرقة:

يذهب المعيار التقليدي للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى أن العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها تخضع لقواعد لقانون العام، أما علاقات الأفراد فيما بينهم فتخضع لقواعد القانون الخاص.

غير أنه يؤخذ على هذا المعيار أن الدولة قد تكون طرفاً في علاقة للقانونية ليس باعتبارها صاحبة السيادة بل باعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً، كما لو قامت الدولة ببيع أرض لها مملوكة ملكية خاصة أو استأجرت عقاراً لمباشرة بعض أوجه نشاطها. ففي هذه الحالة تخضع العلاقة القانونية التي أبرمتها لأحكام البيع أو لأحكام الإيجار التي أوردها القانون المدني وهو أحد فروع القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس عدل كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين قانون العام والقانون الخاص وفقاً لنوع العلاقة. فالقانون العام ينظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة، أما القانون الخاص فينظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تكون طرفاً فيها بالوصف السابق.

غير أن المعيار السابق بالرغم من صحته إلا أنه يفند إلى الدقة، لأنه يقيم فيصل التفرقة على أساس الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة، في حين أن هذه الصفة تنبع من طبيعة العلاقة، ولذلك يكون من الأولى

الأخذ بطبيعة العلاقة القانونية نفسها كمعيار للتفرقة، فإذا كانت علاقة تنصل بحق السيادة في الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون العام سواء كانت هذه العلاقة بين دولة ودولة، أو بين سلطة وسلطة أخرى في داخل الدولة، أو بين الدولة بإعتبارها صاحبة السيادة واحد الأفراد، أما إن كانت للعلاقة القانونية لا تنصل بحق السيادة في الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون الخاص.

٢٢- أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص،

لما كانت أحكام القانون العام تفرض منها تنظيم العلاقات القانونية المتعلقة بحق السيادة، فإنه ترتب على ذلك وجود فروق بينها وبين أحكام القانون الخاص سواء من الناحية النظرية أم من الناحية العملية، ويمكن إجمال هذه الفروق فيما يلي:

أولاً- تمتاز قواعد القانون العام بأنها جميعها قواعد أمرة أي لا يجوز الخروج عليها أو الإنفاق على ما يخالفها، لأن المقصود بها حماية لمصالح العام، على حين يتضمن القانون الخاص بجانب القواعد الأمرة الكثير من القواعد المكملية وهي التي يجوز للأفراد الإنفاق على ما يخالفها لأنها تنصل بمصالح خاصة لهم.

ثانياً- ضماناً لتحقيق الأغراض المنشودة من القانون العام يخول هذا القانون للهيئات العامة في الدولة سلطات لا يوفرها القانون الخاص للأفراد كالالتفويض بالطريق الإداري دون الإلتجاء إلى القضاء، والاستيلاء المؤقت، ونزع الملكية للمنفعة العامة أو الإستملاك كما يعبر عن ذلك القانون اللباني.

ثالثاً- أن علاقة الدولة بموظفيها تختلف في طبيعتها عن علاقة
للقانونية التي تربط أرباب الأعمال بالعمال في القطاع الخاص، وعلى ذلك
إذا كان مبدأ الإضراب عن العمل يعتبر وسيلة مشروعة في هذا القطاع
الأخير تحمل أصحاب الأعمال على الاستجابة لمطالب العمال، فإن التوقف
عن العمل والإضراب غير جائز بالنسبة لموظفي وعمال الدولة نظراً لما
يفرضه على ذلك من الإضرار بالمصالح والمرافق العامة التي يؤمنون سيرها.
كذلك فإن العقود الإدارية المعقودة بين الإدارة وعمالها تسرى في
شأنها أحكام متميزة عن أحكام القانون الخاص، فإدارة مثلاً هو تعديل
شروط العقد أو إلغائه إذا اقتضى المصالح العام ذلك.

رابعاً- تترتب على اختلاف أحكام القانون العام عن أحكام لقانون
للخاص أن صمدت الكثير من الدول إلى إنشاء جهة قضائية مستقلة عن جهة
القضاء العادي لتظر المنازعات المتعلقة بالقانون العام، وهذه هي لمحاكم
الإنابة المصرية في مصر وليدان.

خامساً- يخص القانون الأموال العامة للمملكة للدولة أو للأشخاص
الاعتبارية العامة - وهي الأموال المخصصة للمنفعة العامة - يخصها
بمعاملة خاصة تتمثل في عدم جواز التصرف فيها، أو تملكها بالحيازة (م ٨٧
من التقنين المدني المصري)، ويطلق للمشرع اللبناني على الأموال العامة
للعقارية اسم العقارات المحمية، ولا يجوز تملكها بالحيازة (م ٨٠ و ٢٥٦ من
قانون الملكية العقارية اللبناني).

وأكثر من ذلك فإنه حتى بالنسبة للأموال الخاصة المعنوية في
مصر للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، فإنه لا يجوز تملكها أو كسب
أي حق عيني عليها بالتقادم، كما لا يجوز التعدي عليها، وفي حالة

حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما
تفوضيه المصلحة العامة (م ٢/١٧٠ من العقدين للمدنى المصري).

المطلب الاول

القانون العام

Droit Public

٢٢- فروع القانون العام:

يشمل القانون العام القواعد التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول
وتسمى هذه القواعد بالقانون الدولي العام، والقواعد التي تنظم السلطات
العامّة في الدولة وعلاقتها بالأفراد وتسمى بالقانون الدستوري، والقواعد التي
تحكم مالية الدولة ويطلق عليها اسم القانون المالي، والقواعد التي تحدد
الجرائم والعقوبات عليها وتسمى بقانون العقوبات، والقواعد التي تبين الطرق
التي تتبع في تحقيق الجرائم والمعكم فيها وتسمى بقانون الاجراءات الجنائية.

وسن تناول كل فرع من هذه الفروع على حدة.

٢٣- القانون الدولي العام: (Droit International Public)

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما
بينها سواء في حالات السلم أم الحرب.

فهذا القانون يبحث في الدولة والعناصر التي تتكون منها، وأنواع
الدولة، وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء، وحق المساواة، وحق

السيادة، وحق الملكية (ملكية الاقليم)، وحق القضاء، وحق التمثيل الخارجى، وحق عقد للمعاهدات السياسية والتجارية، وجميع هذه المسائل يشملها ما يسمى بقانون السلم.

كذلك يبحث هذا القانون فى العلاقات التى تقوم بين الدول فى حالة الحرب فبالنسبة للدول المحاربة ينظم هذا القانون إعلان الحرب والآثار التى تترتب عليها، وحقوق الدول المحاربة، وانتهاء الحرب وآثاره، وهذا ما يسمى بقانون الحرب.

وبالنسبة للدول غير المحاربة، أى الدول المحايدة يحدد هذا القانون واجباتها، واجبات دعاياها نحو الدول المحاربة، ولذا ينظم مسائل المهربات الحربية والمصار البحرية، وجميع هذه العلاقات تدخل فيما يسمى بقانون الحياد، وقد تكونت أغلب أحكام هذا القانون عن طريق العرف الدولى، والمعاهدات كما كان للفقه والقضاء اثرهما فى تحديد أصوله وتقرير أحكامه.

وقد اتسع نطاق هذا القانون فى الوقت الحاضر نتيجة لظهور المنظمات الدولية وأعضاها منظمات هيئة الأمم المتحدة، وكذا للمنظمات الانليمية كجامعة الدول العربية.

٢٥- القانون الدستوري: (Droit Constitutionnel)

هو مجموعة القواعد التى تحدد شكل الدولة ونظام السلطات العامة فيها، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض، وعلاقتها بالأفراد، كما تبين حقوق الأفراد وضمناتها فى الدولة.

فالقانون الدستوري، هو القانون الأساسى للدولة، إذ يقرر

الشكل الذي نتخذه، ملكية أو جمهورية، ديموقراطية أو ديكتاتورية، بسيطة أو اتحادية إلى غير ذلك.

كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة في الدولة وهي: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية. كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات، وينظم العلاقات التي تنشأ بينها.

كما يحدد هذا القانون أيضاً حريات الأفراد وحقوقهم كالحرية الشخصية، وحرية الدين، وحرية الاجتماع، وحرية التعليم، وحرمة المسكن. كما يحدد حقوق الأفراد في المساواة في التوظيف وفي التكاليف العامة كالضرائب، وفي أداء الخدمة العسكرية.

٢٦- القانون الإداري، (Droit administratif)

يضم القانون الإداري القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية أدائها لوظيفتها الإدارية.

والقانون الإداري ليس مجموعة مراد يمنحها تقيين واحد كلقانون الدستوري ولو أن العلاقة بينهما جد وثيقة، حتى أن من الشراح من يصفها بقولهم أن القانون الدستوري يتناول السلطة التنفيذية وهي في حالة سكون، بينما أن القانون الإداري ينظم هذه السلطة وهي في حالة الحركة.

فالقانون الإداري يعنى بأمر تشكيل وترتيب المصالح العامة في الدولة وكيفية إدارتها سواء في الحكومة المركزية بواسطة عمالها أم في

الأقاليم بواسطة الهيئات المحلية كمجالس المحافظات والمجالس البلدية.

فالحكومة تقوم بتحصيل الضرائب، وإدارة أموال الدولة لعامة والخاصة، والحناية بأمور الزراعة والرى والمواصلات والصحة العامة.. الخ، كما تسهر على أمن الدولة الداخلى والخارجى، كذا تقوم الحكومة بتعيين الموظفين وتأديبهم ودفع مرتباتهم.

هذا وقد اتسع نطاق القانون الإدارى نظرا لانشاء قضاء خاص بالرقابة على الاعمال الانارية كمجلس الشورى فى لبنان ومجلس الدولة فى مصر.

٢٧- القانون المالى، (Droit Financier)

يعنى هذا القانون بمالية الدولة والهيئات العامة، من حيث بيان للموارد التى تنبئها من ضرائب ورسوم وقروض، ومن حيث بيان أوجه صرف هذه الأموال.

ففيما يتعلق بالموارد يحدد هذا القانون مصادرها وكيفية تحصيلها وفيما يتعلق بأوجه الصرف ينظم هذا القانون كيفية الانفاق على المرافق والمصالح العامة كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء الخ.

وقد كان هذا القانون ملحقا بالقانون الإدارى حتى عهد قريب، أما الآن فقد استقل عنه وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام.

٢٨- قانون العقوبات، (Droit Pénal)

بضم فانون العقوبات القواعد التى تحدد الجرائم والعقاب عليها،

ذلك أن من الجرائم ما يمس الفرد في نفسه أو في ماله، إنما ليس له أن ينتقم أو يقتص لنفسه، لأن العقاب في يد الدولة ولها حق توقيمه . كذلك ليس للفرد أن يصفح عن الجاني ويرفع عنه الجزاء إلا في أحوال معينة (كجريمة الزنا) . ولذا اعتبر هذا القانون فرعاً من فروع القانون العام الذي ينظم علاقة الفرد بالدولة، فهي التي تدين له - إلا في بعض الأوقات - ما له عليه من واجب، عليها .

وينقسم قانون العقوبات إلى قسمين: قسم عام وقسم خاص .

أما القسم العام فيتناول تعريف الجريمة وأنواعها من جنائية، جنحة ومخالفة، وأركان الجريمة وهي الركن القانوني أي النص على الجريمة في القانون إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص، والركن المادي وهو الأمر لمعاقب عليه والذي يتكون منه إن فعلاً أو امتناعاً، والركن الأدبي وهو كون الجاني في حالة عقلية يدرك معها نتائج عمله، وركن البغى أي كون الجاني باغياً معتدياً في فعله لا مدافعاً عن نفسه ولا مضطراً في عمله ولا قائماً بواجب .

كذلك يبحث هذا القسم في العقوبة وأنواعها من اعدام أو حبس أو غرامة، ويبين قدر الحبس أو الغرامة وهو غالباً بين حدين يترك للقاضي حرية التقدير فيما بيدهما تبعاً لظروف الجريمة وحالة المجرم .

أخيراً يبحث هذا القسم في المسؤولية وهي تقوم على توافر التمييز والاختيار في الجاني، والتمييز معناه بلوغ درجة من النضج العقلي تكفي لإدراك الفرد نتائج أفعاله، والاختيار معناه أن يأتي الإنسان أفعاله بإرادته .

كما يبين هذا القسم الأسباب التي تؤثر على قيام المسؤولية فترفعها كحالات الجنون والاكراه، أو تخففها كحالة تجاوز حد الدفاع الشرعي .

وأما القسم الخاص فيتناول القواعد الخاصة بكل جريمة. ومن جرائم ما يقع على الدولة فيممس أمنها الخارجي أو الداخلي كالتجسس وتزيف النقود، ومنها ما يقع على الأفراد فيممس للنفس كالقتل والضرب، أو يمس المال كالسرقة، أو يمس الشرف كالقذف.

٢٩- قانون الاجراءات الجنائية، (Droit instruction criminelle)

ينظم هذا القانون الاجراءات التي تتبع لتحقيق الجرائم، وما تتطلبه من حبس وإفراج وتفتيش، ومحاكمة الجاني وما يستلزمه من تحديد المحكمة المختصة، وبيان اجراءات المحاكمة، ومسودد الحكم وطرق الطعن فيها، وتنفيذ وكيفية.

هذا ويلاحظ أن قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية يتعلما قانون واحد يطلق عليه اسم القانون الجنائي (Droit Criminel)

المطلب الثاني

القانون الخاص

Droit Privé

٣٠- فروع القانون الخاص:

بحكم الروابط التي تنشأ بين الأشخاص - روابط أسرة أو روابط مالية - وكذا العلاقات التي تربطهم بالدولة عند قيامها بنشاط يحاكي نشاط الافراد مجموعة قواعد قانونية تسمى بالقانون الخاص.

والقانون الخاص يشتمل على عدة فروع هي: القانون المدني وهو

الأصل، والقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي، وقانون العمل، وقانون المرافعات، والقانون الدولي الخاص.

٣١- القانون المدني: (Droit Civil)

يعتبر القانون للمدنى الأصل بالنسبة لمئات فروع القانون الخاص. لأنه ينظم من ناحية قواعد تصرف إلى كافة الأشخاص على اختلاف مهنتهم، ولأنه يرجع إليه من ناحية أخرى في حالة سكوت أى فرع آخر - كالقانون التجارى مثلا - عن تنظيم مسألة معينة.

والقانون المدنى يتناول بالتنظيم الروابط الشخصية والمالية.

والروابط الشخصية تتناول المسائل المتعلقة بالأسرة بوجه عام:

من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة وما يتفرع عنهما من عدة ورعاية وحضانة، والنسب وما يترتب عليه من آثار، كما يدخل فيها مسائل الأهلية ومسائل الميراث. ويطلق على مجموعة القواعد التى تحكم هذه الروابط اسم الأحوال الشخصية.

أما الروابط المالية فتتناول علاقة الشخص بالمال، فحينئذ لحقوق المالية وطرق كسبها وانقضاءها. الخ. ويطلق على مجموعة القواعد التى تنظم هذه الروابط اسم الأحوال المدنية.

إذا كان الأصل كما ذكرنا أن يتناول القانون المدنى بالتنظيم هذين النوعين من الروابط. إلا أنه فى مصر ولبنان تركت مسائل الأحوال الشخصية حتى الآن لقانون الديانة أو الملة.

٢٢- القانون التجاري (Droit Commercial):

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم الأعمال التجارية. فهو ينظم حياة التاجر التجارية كالتقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، سواء كان هذا للتاجر فرداً أم شركة، كما يضع أحكاماً للأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات تحت الأذن. وكذا يعني بتنظيم قواعد الإفلاس. الخ.

رغم أن القانون التجاري جزءاً من القانون المدني ثم انفصل عنه لأن طبيعة الأعمال التجارية تختلف عن طبيعة الأعمال المدنية.

فالأعمال التجارية تتطلب السرعة في انعقادها ولا تحتل بطء الإجراءات المدنية، فحوله الحق مثلاً لا تنفذ في مواجهة المدين ولا الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها (م ٢٠٥ مدني و ٢٨٣ موجبات) في القانون المدني؛ في حين أن الكمبيالات والشيكات والسندات تحت الأذن يتم تداولها بمجرد التظهير في القانون التجاري.

كذلك استدعت سرعة إنجاز الأعمال التجارية إلى إعفائها من قيود الإثبات الموجودة في القانون المدني. فالتصرف القانون لا يجوز إثبات وجوده أو انقضائه بشهادة الشهود إذا زادت قيمته على ٢٠ جنيهاً في مصر أو على ٢٧٥ ليرة في لبنان إذا كان التعامل مدنياً. أما إذا كان التعامل تجارياً فيجوز إثباته بالبينة مهما كانت قيمة التصرف.

والثقة التي تتطلبها الأعمال التجارية استدعت إقراض التضامن في شأنها في حالة تعدد المدينين، بحيث يستطيع الدائن مطالبة أي مدين بكل الدين وليس فقط بحصته فيه. أما في المعاملات المدنية فالتضامن

لا يفترض انما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م. ٢٧٩ مدني و ٢٤ موجبات).

على أن انفراد القانون التجاري بأحكام خاصة واستقلاله عن لقانون المدني، لا يمنع من أن القانون الأخير هو الأصل، ولذا يرجع اليه في حالة سكوت القانون التجاري عن تنظيم مسألة أو علاقة معينة.

٢٢- القانون البحري (Droit Maritime)

يختص القانون البحري بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية. وتتركز هذه العلاقات حول السفينة، فتتناول بيع السفن البحرية وتأجيرها، وعقد العمل للبحري، وعقد النقل البحري، وعقد القرض البحري، والتأمين على السفينة ومشحوناتها، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة البحرية.

وإذا كانت الأعمال التي ينظمها هذا القانون هي في الأصل أعمالاً تجارية، إلا أن هناك من الإعتبارات ما دعت إلى فصله عن القانون للتجاري، وترجع هذه الإعتبارات إلى كبر قيمة السفينة وإلى تعرضها لأخطار جسام، ولأنها تكون في غالبية الأحيان بعيدة عن عين صاحبها ورقابته.

٢٤- القانون الجوي (Droit aérien)

للقانون الجوي هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية. فتدور هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها، وعقد النقل الجوي، والمسؤولية عن الأضرار

التي قد تصيب الراكب أو تصيب من هو على سطح الأرض، إلى غير ذلك من المائل المتعلقة بالملاحة الجوية.

وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة، وترجع معظم فواعده إلى المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية.

٢٥- قانون العمل: (Droit du travail)

يضم قانون العمل القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال. وقد كانت هذه العلاقات تخضع إلى عهد قريب لأحكام القانون المدني. حتى جاءت الثورة الصناعية فزادت في قوة أصحاب الأعمال وسيطرتهم على وسائل الإنتاج وبالتالي على دخول الطبقات الكادحة، وقد ترتب على ذلك رد فعل إسم بالهف في بعض الأحيان من جانب العمال دفاعاً عن أوضاعهم، وقد حملت هذه الأوضاع المشرع على التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أسس جديدة تضمن حقوق العمال دون إضرار بالإنفاق، فظهر قانون العمل الذي تأثرت أحكامه التشريعية بالمبادئ الاشتراكية.

٣٦- قانون المرافعات: (Droit de procedure)

يضم قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يسميه القانون المصري أو قانون أصول المحاكمات المدنية كما يسميه القانون اللبناني، للقواعد التي تكفل حماية الحقوق واقتضاءها.

يبين هذا القانون كيفية تشكيل المحاكم واختصاصها، وكيفية رفع الدعوى وتفسير فيها، وأجراءات الإثبات من كتابة ويمين ومعاينة محل النزاع والاستعانة بالخبراء، وصدر الحكم وكيفية الطعن فيه،

واللفظ على أموال المدين.

٣٧- القانون الدولي الخاص، (Droit international privé)

تتكون العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأشخاص من ثلاثة عناصر وهي: أولاً سبب العلاقة، والسبب إما أن يكون عملاً قانونياً كالبيع أو واقعة قانونية كالجريمة. ثانياً: أشخاص العلاقة القانونية كالدائن والمدين. ثالثاً: موضوع العلاقة، وموضوع العلاقة هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وليس من الضروري أن تكون جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية كالبيع الذي يتم في مصر بين مصريين بشأن عقار موجود في مصر، بل قد يكون في العلاقة عنصر أجنبي كما لو انعقد البيع في بلد أجنبي بين مصريين، أو كان البائع مصرياً والمشتري أجنبياً، أو كان كلاهما مصرياً والعقار موجود في بلد أجنبي.

...فإذا قام نزاع بين البائع والمشتري في شأن هذا البيع، فأى محكمة تختص بنظر هذا النزاع؟ وأي قانون تطبقه المحكمة؟ لتطبيق قانون جنسية البائع أم قانون جنسية المشتري، أم قانون موقع العقار؟

الذي يفصل في جميع هذه المسائل هو القانون الدولي الخاص، فأحكامه هي التي تعدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه الأحكام بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وقواعد تنازع القوانين أو قواعد الامداد، لأنها تقابل بين قوانين دول مختلفة وتفاضل بين أسباب أحقية كل منها بالتطبيق.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تبين للحلول الواجبة الانبعاث في مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين. غير أن من الشراح من يضيف إلى هذين الموضوعين اللذين يعالجهما القانون الدولي الخاص ثلاثة مواضيع أخرى هي: الجنسية وهي صفة في الشخص تلبيد تبينه لدولة معينة، والمواطن وهو يثير علاقة الفرد بالدولة فنيحة أقامه فيها، ومركز الأجانب والمقصود بذلك معرفة ما يمكن أن يتمتع به هؤلاء الأشخاص من حقوق وما يتحملونه من واجبات في الدولة التي يوجدون فيها.

الفرع الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملّة

٢٨- تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها الملزمة:

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الإلزام فيها إلى قواعد أمرة، وقواعد مكملّة أو مفسرة.

والقواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو لاتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها، أي أن القاعدة الآمرة هي قاعدة مطلقة التطبيق، فعدم حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسها بالتعديل أو التقييد أو الاستبعاد.

أما القواعد للمكملة أو للمفسرة كما يطلق عليها أحيانا، فهي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها، لأن هذه القواعد لم يصنعها المشرع الا للكلمة ارادة الأفراد عند إغفلها الاتفاق على حكم

رابطة أو مسألة معينة، وعلى ذلك إذا نهضت الإرادة ونظمت هذه الرابطة وحسب اتباع حكم هذه الإرادة.

أي أن مرد تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة هي الحرية الممنوحة للأفراد في تنظيم علاقاتهم، فحيث تقيد هذه الحرية تكون القواعد أمرة، وحيث تطلق هذه الحرية تكون القواعد مكملة. والعبرة في تقييد الحرية أو إطلاقها هو بمدى تعلق العلاقة القانونية بنظام المجتمع ومقوماته.

٢٩- القواعد الأمرة (les règles impératives)

رأينا أن القواعد الأمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها نظراً لتعلقها بالنظام الأساسي للمجتمع. فمثلاً القاعدة التي تحرم الجريمة كالقتل أو السرقة لا يجوز استبعاد حكمها، فلا يجوز مثلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة القتل ولو برضاء للمجنى عليه، والقاعدة التي تحرم الربا فتضع سعراً أعلى للفائدة لا يجوز الاتفاق على عكسها، والقاعدة التي تحدد المحرمات من النساء، قاعدة أمرة فلا يجوز للزوج من إحدى هؤلاء المحرمات، وهكذا بالنسبة لكافة القواعد الأمرة، لأنها قواعد ملحوظة فيها المحافظة على نظام المجتمع ومقوماته.

هذا ولا يشترط لاعتبار القاعدة القانونية قاعدة أمرة أن ترد في صيغة الأمر أو النهي، إنما يشترط لاعتبارها كذلك أن يمتنع على الأفراد مخالفتها نظراً لأنها تنظم أمراً وثيق الصلة بالمجتمع، بالغ الأثر في كيانه، بحيث يتعين أن يتفرد المشرع بتنظيمه ووضع أحكامه بعيداً عن إرادة

الأفراد وما يمكن ورأها من مصالح خاصة قد تتعارض مع مصالح خاصة قد تتعارض مع مصالح المجتمع الأساسية.

٤٠- القواعد المكملّة، (Les règles supplétives)

القواعد المكملّة أو المفسرة (interprétatives) هي تلك القواعد التي يجوز الإتفاق على ما يخالف أحكامها، وليس معنى القول أن القاعدة المكملّة يجوز إستبعاد حكمها أن هذه القاعدة ليست ملزمة، لأن جميع لقواعد للقانونية تعتبر قواعد ملزمة، إذ الإلزام شرط من الشروط الأساسية لقيام القاعدة للقانوني^(١).

ولهذا نستبعد الرأي الذي يذهب إلى أن القاعدة المكملّة تكون اختيارية لهداء ولكنها ملزمة انتهاء، بمعنى أنها في المرحلة السابقة على اتخاذ الأفراد موقفا منها تكون اختيارية بالنسبة لهم، على حين تكون ملزمة لهم في المرحلة التالية، وهي مرحلة عدم الإتفاق على استبعاد حكمها^(٢).

كل ما في الأمر أن القاعدة القانونية - ويسلوي في ذلك اقواعد الأمرة والقواعد المكملّة - لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لإنطباقها، ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملّة ألا يتفق الأفراد على إستبعاد حكمها، بمعنى أنهم إذا لم يتفقوا على ما يخالفها، أصبح حكمها ملزما لهم.

(١) زهر، الفقرة الثالثة للقانون، ص ٣١٩.

(٢) انتظر تيبوايه، مطول القانون الدولي الخاص، ج ٥ ص ٨٠.

ففي البيع مثلاً يقضى المادة ١/٤٥٧ من القانون المدني المصري بأنه «يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بخلاف ذلك» (تقابل المادة ١/٤٦٦ من قانون السجوبات والعقود اللبناني).

وظاهرة من النص سالف الذكر أن المشرع قد ربط بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع. فجعل الوفاء بالثمن مستحقاً في الوقت الذي يسلم فيه المبيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد. على أن هذا الحكم لا يكون ملزماً للمتعاقدين إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بما يخالف ذلك.

نقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن قبل أو بعد تسليم المبيع، أو قد يقضى العرف بأحكام أخرى يتعين إتباعها، أما إذا سكوت المتعاقدان عن ذكر ما يخالف هذا الحكم، ولم يكن هناك عرف يقضى بخلافه، أصبح هذا الحكم ملزماً وأجب التطبيق.

٤١- معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة،

سبق أن أشرنا إلى أن فيصل التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة هو مدى تعلقها بالنظام الأساسي للمجتمع. ومحور النظام الأساسي للمجتمع هو النظام العام والآداب، فحيث تتعلق القاعدة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قاعدة أمرة، وحيث تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد تعتبر قاعدة مكملّة.

ولكن كيف يمكن الوصول إلى معرفة طبيعة القاعدة، وهل هي أمرة أم مكملّة؟ هناك طريقان للوصول إلى ذلك: الأول يستند إلى

صياغة للنص، والثاني إلى مضمون النص ومعناه.

٤٢- الطريق الأول - صياغة النص،

قد يصاغ نص القاعدة القانونية بطريقة تقطع في الدلالة إن صراحة وإن صمناً على ما يجبها.

فإذا ورد في القاعدة أنه لا يجرز الإتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان مثل هذا الاتفاق، دل ذلك على أن القاعدة أمرية، ومن لأهمية على ذلك:

ما نصت عليه المادة ١٣١/٢ مدني، من أن التعامل في شركة اتمان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضائه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون.

وما تقضى به المادة ٤٨ مدني من أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها.

وما جاء في المادة ٤٩ مدني من أنه ليس لأحد النزول عن حرمة الشخصية.

أما إذا ورد في القاعدة على أنه يعمل بحكمها ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره، دل ذلك على أن القاعدة مكملة أو مفسرة، من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٦ مدني من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

رما جاء في المادة ٤٥٦ مدني من أنه «يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع» ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك».

رما يقتضي به المادة ٤٦٢ مدني من أن «نفقات عقد البيع برسم «الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك».

وفي كل ما سبق اهتمدنا بصياغة النص وعبارته إلى التعرف على طبيعة القاعدة القانونية، وهل هي أمرة أم مكملة.

٤٢- الطريق الثاني - مضمون النص:

إذا قصرت صياغة النص عن تحديد طبيعة القاعدة القانونية، فيتعين في هذه الحالة الرجوع إلى مضمونه والاسترشاد بمعناه، فإذا تعلق هذا المضمون بالنظام الأساسي للمجتمع ومقوماته، أي إذا تعلق بالنظام العام والآداب، كانت القاعدة أمرة. أما إذا تبين أن هذا المضمون ينصرف إلى تنظيم مصالح خاصة للأفراد لا تتصل بكيان المجتمع كانت القاعدة مكملة.

ولما كان يستحيل على المشرع أن يضع قائمة جامعة مانعة نكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب، فقد اكتفى في نطاق الالتزامات بالنص في المادة ١٣٥ مدني على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

وبالنسب في المادة ١٣٦ مدني على أنه «إذا لم يكن للالتزام سبب،

أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

ونرى استكمالاً لهذا البحث أن نتناول بشئ من الدراسة فكرة النظام العام والآداب مع إيراد بعض تطبيقات لها.

٤٤- النظام العام.

لم يختلف الشراح في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام. فتعددت التعريفات في شأنه تعدداً يكاد لا ينتهي، وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نظامها تبعاً للزعة التي اتبعت عنها هذه التعريفات^(١).

(١) من هذه التعريفات ما يأتي:

وأن النظام العام هو مجموعة القواعد التي لا يجوز للأفراد الخروج عنها لأن طبيعتها الاجتماعية ترمم ذلك (algrave) تعريف النظام العام في مسائل المعنية ص ٥٣٦).

وأن للنظام العام في تشريع ما، هو مجموعة للقواعد لا يجوز استبعادها أو تعديلها بالاتفاق، أي أن قواعد النظام العام هي القواعد الأمرة (بارتاز، مبادئ القانون الدولي الخاص ص ٩١).

وأن النظام العام هو مجموعة قننم والقواعد التي يرد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة، ومنعها للثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم (كابوتان، المصطلحات القانونية).

وأن النظام العام هو مجموعة الأفكار التي يلزمها الجماعة على اعتبار أنها عنوان الحقيقة وفنذت كـ، حبة في شأنها (دميج، المبادئ الأساسية في القانون الخاص ص ١٤٦).

وأن للنظام العام هو المصلحة الاجتماعية على أي نحو نظر إليها (دجى، الدولة والقانون والتشريع ج ١ ص ٥٦٦).

والذي نراه هو أنه من الصعب تعريف وتحديد فكرة النظام العام علم، وجه دقيق، وأن خير ما يقال في شأنها أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم إجتماعية أم إقتصادية أم أدبية، وأنه لما كانت فكرة المصلحة العامة قابلة للتغير من دولة إلى دولة، ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام نعبر نبعها لها فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين، فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام في مصر، على حين أنه يعتبر كذلك في غيرها من الدول كفرنسا، وأن اباحة الطلاق من النظام العام في مصر على حين أن تحريره من النظام العام في دول أخرى كإيطاليا، وأن تحريم الرق يعتبر الآن من النظام العام في مصر على حين أنه لم يكن كذلك قبل تحريره ... وهكذا، ولذا فإن خير ما نستطيع أن نفعله في شأن تحديد فكرة النظام العام هو إيراد بعض تطبيقات في شأنها، مع ملاحظة أن نطاق النظام العام يختلف ضيقا واتساعا وفقا للمذهب الاجتماعي السائد في الجماعة، فإذا ساد المذهب الفردي ضاق نطاق النظام العام، وإذا ساد المذهب الاشتراكي اتسع نطاق النظام العام.

40- تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون العام:

إن نحاول أن نعطي تطبيقات جامعة لفكرة النظام العام، بل سنكتفى بإيراد بعض الأمثلة عليها. ولنا في حاجة قبل بحث هذه التطبيقات إلى ذكر أن كل مخالفة للقوانين الجنائية أو المالية وأن كل جريمة مدنية تعتبر مخالفة للنظام العام.

٤٦- التنظيم العام للدولة والقوانين المتعلقة بالأمن العام:

تعتبر القوانين المتعلقة بالتنظيم العام للدولة كالقانون الدستوري من النظام العام، وعلى ذلك يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف هذه القوانين كالاتفاق الخاص بالاتجار بأصوات الناخبين، أو بتنازل شخص عن ترشيح نفسه لشخص آخر بمقابل أو بدون مقابل.

كذلك تعتبر قوانين التنظيم القضائي من النظام العام لأنها تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة، وعلى هذا يعتبر باطلا الاتفاق على تعديل اختصاص المحاكم فيما عدا الاختصاص المحلي لأنه روعي فيه مصلحة المتقاعدين بالتقاسم عليهم.

كذلك يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع القوانين المتعلقة بالأمن العام كالقوانين الجنائية، كالاتفاق على ارتكاب جريمة أو على الإمتناع عن ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، أو الاتفاق على امتناع المجنى عليه على عدم التبليغ عن الجريمة، أو الاتفاق على إخفاء جريمة .. الخ.

٤٧- النظم المالية:

لا يجوز الاتفاق على مخالفة النظم المالية في الدولة أو القوانين المنظمة للنقد فيها، وعلى ذلك يعتبر باطلا الاتفاق على جعل الملزم بالضريبة شخصا آخر غير الممول الذي عينه القانون.

٤٨- النظم الادارية:

تعتبر النظم الادارية وما تكميئته من قواعد ترمى إلى ضمان نزاهة

الموظف وإلى حسن سير العمل في المصالح الحكومية من النظام العام، ولذا يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع المصلحة العامة التي تحققها هذه النظم، كالاتفاق على الاتجار بالوظيفة من بيع لها أو التنازل عنها أو سعي غير مشروع للحصول عليها، أو الاتفاق على دفع مبلغ من المال لقاء قيام الموظف بواجب من واجبات وظيفته أو عدم قيامه بعمل من أعمال هذه الوظيفة، سواء تم الاتفاق مع الموظف مباشرة أو عن طريق وسيط... وهكذا.

٤٩- الحرية العامة:

تعتبر الحريات العامة التي كفلها الدستور للأفراد من النظام العام، من تلك الحرية الشخصية وما ينفرغ عنها من حرية الإقامة، وحرية الدين، وحرية الزواج، وحرمة النفس، وحرية العمل والتجارة.

فالحرية الشخصية من النظام العام، ولذلك نصت المادة ٤٩ مدني على أنه «ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية». ويعتبر من قبيل النزول عن الحرية الشخصية تعهد شخص بخدمة آخر مدى حياته أو مدى حياة المخدم، ولذلك قررت المادة ٦٢٨/٢ مدني أنه «فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض عى أن يخطر رب العمل إلى ستة أشهر».

وحرية الإقامة من النظام العام ولذا لا يجوز إبعاد مواطن عن وطنه أو على حائل الإقامة عليه في جهة ما أو على إلزامه بالإقامة عليه في جهة ما أو على إلزامه بالإقامة في مكان معين.

وحرية الدين والعقيدة من النظام العام، ولذلك يقع باطلا كل

إتفاق يقيد هذه الحرية كالإتفاق على إلزام شخص بإتباع دين معين أو
مذهب معين.

كذلك تعتبر حرية الزواج من النظام العام، ولذلك ذهب القضاء إلى أن
الخطبة غير ملزمة لأي من الطرفين، فيجوز العدول عنها، ولا يترتب على
هذا العدول مسؤولية من عدل إلا إذا كان قد ارتكب خطأ.

وحرمة النفس من النظام العام ولذلك يقع باطلا كل تعهد من شأنه
تعريض سلامة المتعهد أو غيره للخطر كالإتفاق على مبارزة.

وحرية العمل والتجارة كذلك من النظام العام، ولذلك ذهب القضاء
إلى بطلان التعهد بعدم مزاولة نوع معين من التجارة إذا كان هذا التعهد
مطلقا، أما إذا كان مقيدا بزمان معين أو مكان معين فكان يقضى بصحته.

٥٠- تطبيقات فكرة النظام العام هي تطلق القانون الخاص،

لا تقتصر فكرة النظام العام على القانون العام كما يرى البعض، بل
تمتد كذلك إلى القانون الخاص، سواء تناولت قواعد هذا القانون روابط
الأحوال الشخصية أم روابط الأحوال العينية كما سنرى فيما يلي؛

٥١- الحالة المدنية للشخص وأهليته:

نعتبر الحالة المدنية للشخص من النظام العام، لأن القواعد المنظمة
لهذه الحالة لا يقصد بها فقط حماية الشخص، بل يقصد بها كذلك حماية
الجماعة التي ينتمي إليها، وعلى ذلك يعتبر باطلا كل إتفاق الغرض منه
تعديل جنسية الشخص أو تغيير إسمه، ولذلك نصت المادة ٥١ مدني

على أن لكل من نازعه التغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن إنتحل التغير
إسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الإعتناء مع التعويض عما يكون قد لحقه
من ضرره. هذا مع ملاحظة أن إسم الشخص إذا أصبح إسمًا تجاريًا جاز
التصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام، ولذا نصت المادة ٤٨ مدني على أنه
ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التحديل في أحكامهما. وعلى ذلك يقع
باطلاً كل اتفاق من شأنه مثلاً اعتبار القاصر بالغاً.

٥٢- نظام الأسرة:

يعتبر نظام الأسرة من مسميم النظام العام، وعلى ذلك لا يجوز
بالاتفاق تعديل ما بين الزوجين من حقوق وواجبات، كحق الزوج على
زوجته من طاعة وأمانة زوجية، أو حق الزوجة على زوجها من نفقة
ورعاية.

كذلك تعتبر السلطة الأبوية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق مقدماً
على إلزام الأب بطريقة معينة في تربية أولاده أو بإختيار دين معين لهم.
كذلك تعتبر للنفقة ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما
بي نرى الأرحام من النظام العام. فلا يجوز لمن له الحق في النفقة أن
يتنازل مقدماً عن حقه، وإن كان يجوز له التنازل عما تجمع من هذه النفقة.

٥٣- الأحوال العينية:

من القواعد المتعلقة بالأحوال العينية، أي المتعلقة بروابط الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال ما يعتبر من النظام العام، من ذلك للقواعد المتعلقة بحرية تداول المال، والتي على أساسها قرر المشرع مثلاً عدم جواز الاتفاق على البقاء في حالة الشروع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني)، وعدم جواز الاتفاق على بقاء حق الإنتفاع لمدة تزيد على حياة المظفّع (م ٩٩٣ مدني) .. وهكذا.

كذلك تعتبر من النظام العام القواعد التي تكفل حماية لطرف المتعاقدين، في الغالب هذه من ذلك، بإعلان كل إتفاق من شأنه إخلالاً بالثقة والتوازن العمل التي ترمى إلى حماية العامل في جسمه أو في أجره.

٥٤- الآداب:

الآداب كالنظام العام تستعصي فكرتها على التعريف، ومع ذلك يمكن القول بأن قوام فكرة الآداب هو للرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين في زمن معين. أي أن فكرة الآداب كفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف الجماعات، فعقد الهنافة^(١) مثلاً، وهو العقد الذي يتم بين مدير المسرح ومن يستأجرهم لترويج المسرحية عن طريق الهنافة والنصفيق كان معتبراً منافياً للآداب، وكان القضاء الفرنسي يحكم بطلانه، أما الآن فلا يعد كذلك بعد أن أصبحت وسائل الدعاية والإعلان من الوسائل المشروعة.

(١) Contrat de Claque

والقضاء وهو العارض الأمين على كيان المجتمع كثيراً ما يستند إلى فكرة الآداب - إذا لم تسعفه التصوص الموضوعية - في إبطال العقود المتنافية للأخلاق، ولا يرجع القاضي في تحديد ما يعتبر متافياً للآداب إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع في ذلك إلى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه، وعلى الأخص إلى رأي العناصر السليمة فيه وأن تعارض رأي هذه العناصر السليمة مع بعض العادات التي تسير عليها الأكثرية جهلاً منها بما هو حسن وما هو قبيح^(١).

٥٥- تطبيقات فكرة الآداب:

يعتبر مخالفاً للآداب كل عمل يقصد به خداع شخص معين أو خداع الجهود على وجه الإطلاق، كما يعتبر متافياً لها كل تعهد يتم بشرط الحصول على كسب غير حلال، كتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال، أو تعهد سارق برد المسروق مقابل مبلغ من النقود. غير أن أهم تطبيقات فكرة الآداب هي ما تناولت العلاقات الجنسية وبيوت العهارة والمقامرة.

فيعتبر مخالفاً للآداب كل إتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل إنشاء علاقة جنسية غير شرعية أو مقابل إستمرارها، أو العودة إليها بعد انقطاعها، ولكن لا يعد متافياً للآداب الإتفاق على دفع مبلغ من المال عند انتهاء هذه العلاقة إذا قصد منه تعويض أحد طرفيها عما أصابه من ضرر، أو مساعدته على مراجعة الحياة بعد انقطاع هذه العلاقة.

كذلك يعد باطلاً كل إتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة أو نوادي القمار ولو رخص بها نادراً في مصر.

(١) بلانوي وريبير، لسمان، ج ٦، بلد ٢٢٩ -

الباب الثاني

تكوين القاعدة القانونية ومصادرها

٥٦ - تقسيم :

عرضنا في الباب السابق إلى التحريف بالقانون كمجموع قواعد السلوك التي يتعين على الأفراد احترامها حتي يستقيم النظام في المجتمع ، ثم استوردنا إلى الكلام في أقسام القانون وأنواع القاعدة القانونية، والآن سنعرض للبحث في تكوين القاعدة القانونية والمصادر التي تنشأ عنها .

الفصل الأول

تكوين القاعدة القانونية

٥٧- بناء القاعدة القانونية ،

إذا كانت القاعدة القانونية هي كما سبق أن بيينا قاعدة سلوك إجبارية
تقترن بجزء مادي تفرضه سلطة عامة في الجماعة، فيدعي أن تتساءل كيف
تتكون هذه القاعدة، وما هي العناصر التي تتدخل في بنائها .

الذي عليه جمهور الفقهاء أن بناء القاعدة القانونية يتكون من
عنصرين هما : (١ : المادة أو المضمون ، ٢) والشكل، وذلك حقيقة قد
استقرت بعد أن أبرزها العلامة للفرنسي جيني في التفرقة بين ما أطلق
عليه اسم العلم (La Science) وما أطلق عليه اسم الصناعة أو المصاغة.
(La technique.)

ويقصد بالمادة أو الجوهر الحقائق والأفكار التي تعبر عنها القاعدة
القانونية، ويقصد بالشكل كيفية تحديد العادة وصيغ المضمون صيغاً أعلى
عن طريق المصاغة الفنية التي تتولاها السلطة التي تضيف على لقاعدة
القانونية قوتها الإلزامية، وهذه هي المصادر الرسمية للقانون .

الفرع الأول

مضمون القاعدة القانونية

٥٨- عناصر المضمون :

يتكون مضمون القاعدة القانونية من حقائق واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية، ويمكن رد هذه الحقائق إلى عنصرين هما : عنصر الواقع استمد من التجربة والمشاهدة في الجماعة، وعنصر المثال الذي يعتبر نموذجاً للحل الذي يتعين السير على دبره في جميع القوانين الوضعية . وعلى هذا النحو سنتكلم أولاً في عنصر الواقع، وثانياً في عنصر المثال، وأخيراً في المذاهب الفلسفية التي تتناول أساس القانون .

المبحث الأول

عنصر الواقع في القاعدة القانونية

٥٩- العوامل التي يتأثر بها واقع الحياة :

يتأثر واقع الحياة في الجماعة بعوامل أو ظواهر متعددة، من لقاعدة القانونية، وهي بعد عوامل تقوم على المشاهدة والتجربة، ومن

ذلك : للعوامل الطبيعية، الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية والدينية والأخلاقية، وهذه العوامل يتعين أخذها بعين الاعتبار عند وضع القاعدة القانونية، وهي بعد عوامل تقوم على الملاحظة والتجربة .

٦٠- العوامل الطبيعية،

يقصد بالعوامل الطبيعية الظواهر المستمدة من طبيعة الإنسان أو من طبيعة المجتمع الذي يعيش فيه . فسن الأهلية للزواج مثلاً يتوقف على التصريح الجسدي والجنسية للشخص، وهذا التصريح يتوقف تحديده على سن متأخرة أو متقدمة على طبيعة المناخ الذي يعيش فيه المجتمع الذي ينتمي إليه هذا الشخص .

وظاهرة الميلاد وظاهرة الوفاة التي تحكم الإنسان فترتب عليهما قواعد قانونية معينة . فبالميلاد حياً يكتسب شخصيته ما يترتب على ذلك من حقوق وأجبات، وبالوفاة تنقضى هذه الشخصية وتظهر قواعد أميرات والوصية .

٦١- العوامل الاقتصادية،

يفأثر القانون في كل جماعة بالظواهر الاقتصادية التي ترمي أساساً إلى إشباع حاجات الأفراد، وكلما تطورت هذه الظواهر وتقدمت كما زاد أثرها على واقع الحياة القانونية، وهو ما نشاهده في مجال المقرد القانونية من حيث ظهور البعض كعقد التأمين أو زيادة الاهتمام ببعض الآخر كعقد النقل .

وهو ما نلمسه كذلك بعد أن تطورت الصناعة في العصر الحديث فظهرت الشركات الكبرى كشركات الساهمة، والتجمعات العمالية والرأسمالية المتمثلة في نقابات العمال وأرباب الأعمال، وما ترتب على ذلك من صدور تشريعات العمل التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين هاتين المائتين بما يحقق المساهم الاقتصادية للجماعة .

وقد كان لأهمية العوامل الاقتصادية في تكوين القواعد القانونية أن شالت بعض المذاهب كالمذهب المركبي في أثرها، فاعتبر القانون مجرد تنظيم للاقتصاد في الجماعة، وهو ما يناقش الواقع، لأن الحياة في الجماعة لا تهدف فقط إلى إشباع الحاجات المادية، بل وأكثر من ذلك فإن لقانون وإن كان يتأثر بالعوامل الاقتصادية إلا أنه في نفس الوقت يؤثر فيها تحقيقا لفكرة العدل التي يسمي إليها (١) .

٦٢- العوامل الاجتماعية :

نرجع الكثير من النظم القانونية إلى العوامل الاجتماعية والسياسية التي تسود في مجتمع ما في زمن ما، وهي عوامل يجمعين الألفاظ بها عن طريق المشاهدة والتجربة، فالقانون في الدول الرأسمالية يتأثر بالنظرية الاجتماعية السياسية التي تسود هذه الدول من حيث نظام الحكم وتحدد الأحزاب ، والقانون في الدول الاشتراكية يتأثر بفكرة سيادة الطبقة العاملة التي ينحصر فيها للحزب الواحد الذي يتولى الحكم في هذه الدول غير أن تأثر القانون بالعوامل الاجتماعية والسياسية لا يمنع من محاولته في التكيف من الأحيان من الهيمنة عليها تحقيقا لفكرة العدل .

(١) حسن كبيرة، الموجز في المدخل للقانون، طبعة ١٩٦١ بدد ٤٥ .

٦٢- العوامل الدينية والأخلاقية:

يتأثر التنظيم القانوني في كل جماعة -وعلى الأخص ما تطلق من هذا التنظيم بالأحوال الشخصية - بالعوامل الدينية والأخلاقية التي تصود الجماعة في زمن ما . فنظام الزواج وتعدد الزوجات أو عدمه، ونظام الطلاق وإباحته أو تقييده أو حظره، وأحكام النفقة، وقواعد الميراث .. الخ . جميعها تخضع إلى حد كبير للعوامل الدينية والأخلاقية السائدة في جماعة معينة في زمن معين .

على أن تأثر القانون بالعوامل الدينية والأخلاقية لا يمنع، كما هو الشأن بالنسبة لغيرها من العوامل والظواهر، ومن أخضاعها عند الحاجة لحكم القانون تحقيقاً لفكرة العدل .

المبحث الثاني

العنصر المثالي في القاعدة القانونية

٦٤- فكرة العدل:

لا تكفي الحقائق الواقعية، التي تكشف عنها التجربة والمشاهدة بمفردها لوجوب القاعدة القانونية، بل يجب أن نلحقها قيمة معينة تبرر وجوب القاعدة، هذه القيمة هي التي يستخلصها العقل فيما وراء المحسوس من مثل أعلى هو العدل، فما المقصود بالعدل .

٦٥- العدل الخاص والعدل العام:

ترجع فكرة العدل في أساسها إلى فلاسفة الاغريق، فأرسطو:

يرى أن العدل هو إعطاء كل شخص حقه، أو ما هو خاص به، وتحديد ما يخص كل شخص يكون أما بالنظر إليه كفرد له كيان مستقل، وأما بالنظر إليه كعضو في الجماعة، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم فكرة العدل إلى عدل خاص وعدل عام .

والعدل الخاص هو الذي يمسود علاقة الفرد بغيره من الأفراد ويقوم على أساس المساواة الحسابية بينهم، وهي مساواة لا يعتد فيها بصفات الأفراد، بل يعتبر كل منهم مساو للآخر تماماً . ومن مقتضى هذه المساواة إعطاء كل ذي حق حقه وعدم المساس بهذا الحق، ولذا يكون من مقتضى هذا العدل الذي اصطلح على تسميته «بالعدل التبادلي» وفاء الشخص بما يتعهد به وعدم اعتدائه على مال الغير أو شخصه والاأخل بهذه المساواة التبادلية، ونتيجة لذلك يعتبر الرق ظلماً لأنه يخل بهذه المساواة .

أما العدل العام فهو الذي يمسود علاقة الفرد بالجماعة باعتباره عضواً فيها . وهذا العدل يهدف إلى تحقيق الصالح العام، وهو ما لا يتحقق عن طريق المساواة الحسابية بين الأفراد، بل عن طريق مساواة تناسبية أساسها اختلاف الحاجات والقدرات، وهذا العدل العام يشمل ما يسمى «بالعدل التوزيعي» والعدل الاجتماعي معاً .

والمقصود بالعدل التوزيعي هو الاعتداد بحاجات الأفراد وبندرتهم عند توزيع المنافع عليهم، فعلاوة غلاء المعيشة مثلاً التي كانت تمنح للموظفين في مصر تختلف باختلاف مقدار المرتب والأعباء العائلية للموظف .

أما العدل الاجتماعي أو العدل القانوني كما يسميه البعض كذلك

فيقصد به تحديد ما يجب على الفرد للجماعة، من ذلك فرض مثلًا ضرائب تصاعدية تزيد نسبتها وفقًا لدرجة الدخل المكون للوعاء، وبذلك نتحقق للمساواة في هذا الواجب، وهي ليست مساواة حسابية بل مساواة اجتماعية .

وقد ترتب على تعدد صور العدل من عدل خاص قوامه التكاثر بين الأفراد، وعدل عام أساسه الصالح العام وفرض سيطرة الجماعة على الأفراد باعتبارهم أعضاء فيها، أن تنازع القانون اتجاهان أساسيان هما لمذهب الفردي والمذهب الاشتراكي أو الاجتماعي للسابق الإشارة إليهما .

المبحث الثالث

المذاهب الفلسفية^(١)

٦٦- المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية :

يثير عنصر المثال في القاعدة القانونية موضوع المذاهب الفلسفية الآتية تبحث في أصل القانون أو في أساسه . ويمكن تقسيم هذه المذاهب إلى قسمين : الأول يتناول ما يسمى بالمذاهب الشكلية، والثاني يتناول ما يعرف بالمذاهب الموضوعية .

ولن نعرض هنا للمذاهب الشكلية، وهي المذاهب التي تؤسس القانون على إرادة السلطة الحاكمة وتعتبر أن ما تأمر به هذه السلطة

(١) راجع في هذا الموضوع: «ديجي» للقانون الدستوري، ج١، و «جيني» العلم والميثاق، ج٢، و «روبييه» النظرية العامة في القانون طبعة ١٩٤٦ . وحسن كبيرة أصول القانون، طبعة ١٩٥٩-١٩٦٠ .

هو الحق والعدل . وقد تعرضت هذه المذاهب لنقد شديد لأنها تقف عند شكل القانون ولا تنفذ إلى طبيعته، ثم هي إلى جانب ذلك تنقيد بأرادة المشرع وقت صدورها لا وقت تطبيقها ولو تغيرت الظروف، مما ينتهي بالقانون إلى الجمود، ولذا عفي الزمن على هذه المذاهب وأعرض عنها الشراح (٢).

وعلى هذا سنكتفي بعرض للمذاهب الموضوعية على نحو موجز، فنناول أولاً مذهب القانون الطبيعي الذي يرى أصحابه وجود قواعد سلوك تنطو القانون الوضعي وتوجيهه، ثم المذاهب الواقعية التي ينكر أصحابها وجود هذا القانون ولا يؤمنون إلا بالوقائع الحقيقية، وأخيراً المذاهب المختلطة التي تجمع بين المثل العليا وبين الحقائق الواقعية ويمكن تسميتها كذلك بالمذاهب المتوسطة.

المطلب الأول

مذهب القانون الطبيعي

٦٧- القانون الوضعي والقانون الطبيعي :

إننا كان القانون الوضعي (Le droit positif) هو مجموعة قواعد السلوك المطبقة في دولة معينة في زمن معين، فإن القانون الطبيعي (Le droit naturel) كما يقول أصحابه هو مجموع مبادئ عامة تكمن (٢) من المذاهب الشكلية مذهب (Austin) ومدرسة الشرح على التتبع (école de lexegece) التي ظهرت في فرنسا بعد صدور قوانين نابليون في مطلع القرن التاسع عشر. والجامع بين هذه المذاهب أنها تدبر الشرح المصدر الوحيد للقانون.

في الطبيعة ويكشفها العقل الخالص، وهذه المبادئ ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، وهي المثل الأعلى الذي يسعى أن تتجه إليه القوانين الوضعية . وقد ظهرت فكرة القانون الطبيعي في المجتمعات القديمة عند اليونان والرومان ثم انتقلت إلى رجال الكنيسة في القرون الوسطى، وأخيرا إلى فلاسفة العصر الحديث .

٦٨- فكرة القانون الطبيعي في المجتمعات القديمة :

ظهرت فكرة للقانون الطبيعي عند فلاسفة اليونان الذين قالوا بوجود قواعد قانونية تنبع من العقل وتسمى على غيرها من قواعد القانون الوضعي، بل أن قواعد هذا القانون الأخير تعتبر عادلة أو جائزة بقدر ما تتفق أو تختلف مع قواعد القانون الطبيعي الذي هو المثل الأعلى للكمال .

إذا كان فلاسفة اليونان الأوائل كسقراط قد أحصوا بوجود القانون الطبيعي، إلا أنهم مع ذلك فرضوا طاعة القانون الوضعي ولو كانت أحكامه غير عادلة ولا تتفق مع الأصول المثالية .

لما أصعب المدرسة الرواقية، التي جاءت بعد ذلك فكانوا يرون أن الإنسان الحكيم هو الذي يتحرر من كل الأهواء ويتخلص من كافة المؤثرات الخارجية بما فيها إكراه الدولة، ويسير وفق القانون الطبيعي الذي يحكم العالم ويجاوز حدود مختلف الدول لأنه قائم على أساس وحدة الطبيعة الإنسانية، أي أن القانون الطبيعي قانون عالمي يسمو سلطنة على القوانين الوضعية^(١)

(١) أنظر . Roubier, no 94.

وقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي من الفلسفة اليونانية إلى الفلسفة الرومانية، وظهرت في كتابات فقهاء الرومان الذين تأثروا بالمدرسة اللرواقية

فذهب «شيشرون» إلى وجود قانون موافق للطبيعة، مطابق للعقل السليم، معلوم للجميع، ولا يختلف في روما عنه في أثينا، خالد لا يتأثر بمرور الزمن .

وذهب الفقيه «بول» إلى القول بأن هناك قانون خالد سابق على القوانين الوضعية، فرضته الطبيعة وأملأ العقل القويم .

كذلك أشار «جايوس» في كتابه «النظم» إلى قانون مشترك بين كافة الشعوب، تمليه للفطرة الطبيعية والعقل السليم (٢) .

وهكذا ظهرت فكرة القانون الطبيعي عند الرومان كقانون عام مشترك بين جميع الشعوب، تمليه الطبيعة ويدعوا إليه العقل السليم، مطابق للعقل والخير، مثل أعلى للقوانين الوضعية .

(١) أطلق بعض فقهاء الرومان على القانون الطبيعي اسم «قانون الشعوب» نظراً لعمومه، غير أن هذا لا يمتنع من وجوب التفرقة بينه أي بين القانون الطبيعي وبين اصطلاح قانون الشعوب الذي عرفه الرومان أصلاً كقانون يحكم للعلاقات التي يدخل فيها الاجاب، وهو قانون وضعي يقابل القانون المدني الذي يطبق على الرومان فقط في علاقاتهم بعضهم بالآخر، وقد فرق الفقيه «البيان» بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب بالمعنى الذي ذكرناه، فذكر أن هذا القانون الأخير كان بقر الرق، في حين أن القانون الطبيعي لا يقره بل ينكره .

٦٩- فكرة القانون الطبيعي في القرون الوسطى :

انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى فقهاء القانون الكنسي، وكان من المنطقي أن تصبغ بالصبغة الدينية، فاعتبر رجال الكنيسة القانون الطبيعي قانوناً سماوياً يسمو على القانون الوضعي، ويتصف بالثبات الخلود، لأن مبدئه الوحي لا العقل .

وقد فرق فلاسفة الكنيسة بين أنواع ثلاثة من القوانين هي : القانون الأزلي أو الإلهي وهو مشيئة الله سبحانه وتعالى التي تصل إلى اللطيف عن طريق الوحي، ثم القانون الطبيعي، وهو القدر من القانون الإلهي الذي استطاع الإنسان أن يدركه بعقله، وأخيراً القانون الوضعي، وهو من صنع البشر، ويجب أن يكون مستمداً من القانون الطبيعي ومطابقاً لمبادئه .

وإذا كان ثلاثان عصيان القانون الوضعي إذا جاء مخالفاً للقانون الأزلي، حتى لا يقع في خطيئة دينية، فإن عليه طاعة القانون الوضعي ولوم تناقض مع القانون الطبيعي حتى لا نعلم الفوضى للمجتمع (١) .

٧٠- القانون الطبيعي في القرنين السابع والثامن عشر :

نخلعت أوروبا في القرنين السابع عشر والثامن عشر من سلطان الكنيسة، فظهرت القوميات، ونشأت الدول، ولذا دعت الحاجة إلى إيجاد قواعد تنظم علاقات هذه الدول بعضها ببعض الآخر من ناحية،

(١) قال بذلك القديس توما الإكويني، انظر في ذلك دلفكيو، دروس في فلسفة القانون (النسخة الفرنسية) ص ٣٧ وما بعدها.

والى قواعد تنظيم علاقات الأفراد بالحكام داخل كل دولة من ناحية اخري،
ولذا برزت فكرة القانون الطبيعي لتلبي هذه الحاجة في هذين المجالين .

والى الفقيه الهولندي «جروسيوس» في كتابه عن الحرب والسلام
يدمج الفضا، في ابراز فكرة القانون الطبيعي على شكل مذهب متحدر من
للطبيعة الدينية التي أسبغها عليه رجال الكنيسة في العصور الوسطى .

وتتميز مدرسة القانون الطبيعي عند جروسيوس وأتباعه بالأمور لآتية :

١- التمييز بين القانون الالهي والقانون الطبيعي، فالأول مصدره
الروحي، والثاني منبعه للعقل الانساني .

٢- أن القانون الطبيعي سابق علي نشوء الدولة، ولذا يتمتع على
المشرع أن يتخذ مثلاً أعلى عند وضعه القانون الوضعي .

٣- أن قواعد القانون الطبيعي، ومصدرها العقل القويم القائم على
طبيعة الانسان التي تفرق بين العدل والظلم، وهي قواعد ثابتة لا تختلف
 باختلاف الزمان أو المكان .

ولذا كانت القوانين الوضعية تتباين فيما بينها في الزمان والمكان،
فليس مرد ذلك هو اختلاف مبادئ القانون الطبيعي، بل مرده لاختلاف
المشرعين في فهم هذه المبادئ وفي تطبيقها .

٤- أخيراً أن للتعليم بوجود قانون طبيعي تابع من طبيعة الانسان

وسابق علي نشوء الدولة ومن القوانين الوضعية، ينتهي إلى التسليم بوجود حقوق طبيعية للإنسان لصيقة بشخصه وتوجد بوجوده وهذه هي لحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان التي أعلنتها الثورة الفرنسية تأسيساً علي المذهب الفردي للحد من طغيان الدولة .

٧١- القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي،

إنهني فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر إلى وجود حقوق طبيعية للإنسان لصيقة به، ثابتة له قبل نشوء الدول وتنظيم المجتمعات، بل إن تنظيم المجتمع يرجع إلى وجود عقد اجتماعي (*contrat social*) خرج به الإنسان من عهد الفوضى إلى عهد المجتمع المنظم الذي تهيمن عليه سلطة حاكمة . وقد تباينت آراء الفلاسفة في تحديد مضمون هذا العقد والتعرض منه .

فذهب الكاتب الإنجليزي «توماس هوبز» (١٥٨٨-١٦٧٩) في نظرية إلى القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي، إلى أن للإنسان غرائز الذئب في مواجهة الغير، ولذا فإن الاشتراك في مجتمع منظم قد فرض عليه التنازل في عقد إجتماعي عن حريته ووضعها في يد الحاكم الذي له وحده ومشية مطلقة من القوانين . وهذا التنازل نهائي يتعين على الأفراد احترامه نزولاً على مبدأ للوفاء بالعهد الذي يدعوا اليه القانون الطبيعي (١) .

وقد كان غرض «هوبز» من ذلك الدفاع عن السلطة الاستبدادية

(١) أنظر رينيه كايبلان، «هوبز، الدولة المطلقة»، أرشيف فلسفة القانون سنة ١٩٢٦ ص ٤٦ وما بعدها.

التي كانت لملوك إنجلترا في عصره، وهو عرض أدي به إلي نقوض ما يدعوا إليه مذهب القانون الطبيعي من إحترام وكفالة الحقوق الطبيعية للإنسان .

وقد أتى بعد هوبز كاتب انجليزي آخر هو «لوك» (١٦٣٢-١٧٠٤) الذي ذهب إلى أن العقد الاجتماعي الذي أبرم بين الشعب والحاكم لم يفتأزل فيه الشعب إلا عن جزء من مبررته تأمينا لممارسة الجزء الآخر، وهكذا انتهى (لوك) عن طريق تحليله لفكرة القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي في كتابه «شرح للحكومة المدنية» الذي نشر سنة ١٦٩٠ إلى تقييد سلطة الحاكم لصالح الفرد .

أخيراً جاء «جان جاك روسو» (١٧١٢-١٧٧٨) الذي استعان بفكرة العقد الاجتماعي للقضاء على الحكم الملكي المطلق وللتمكن لحكم ديموقراطي نظو فيه سلطة الشعب . ولذا ذهب إلى أن العقد الاجتماعي إنما تم بين أفراد الشعب، وفيه تنازل كل فرد عن سيادته حتي تكون اسيادة للمجموع، وبذا نشأت للدولة تعبيراً عن الارادة العامة .

ولما جاءت الثورة الفرنسية تأثر رجالها بكتابات «روسو» فقررروا السيادة للشعب كمجموع ، وأخذوا بفكرة القانون الطبيعي كقيد على هذه السيادة، وانتهوا إلى حق الشعب في الثورة على القوانين الظالمة، أي القوانين التي تخالف القانون الطبيعي . وعلى هذا النحو أعلنت حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ ، وقد كان هذا الإعلان بمثابة إقرار ضمني بوجود تقانون الطبيعي . وفي مشروع قانون نابليون ورد نص يشير بوجود هذا القانون، وإن كان هذا النص قد حذف عند وضع الصياغة النهائية لقانون نابليون . فلم يكن ذلك إنكاراً لفكرة القانون

الطبيعي، بل تجدياً للتشريعات الوضعية من الخوض في المبادئ الفلسفية .

٧٢- القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة :

تعرض مذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر لانتقادات عدة من جانب أنصار المذاهب الواقعية مما أدى إلى التشكيك في صحته من الناحية التاريخية، وقد تناولت هذه الانتقادات عدة جوانب في هذا المذهب يعينها ما يتصف به هذا القانون من الخلود والثبات وعدم التغير بتغير الزمان أو المكان، وقد حملت لواء هذا النقد المدرسة التاريخية بزعماء للفقيه الألماني «سافيني» الذي يرى أن لكل جماعة قانون خاص بها ينبع من مسيرها ويفعال ويطور معها، حتى سميت مدرسته باسم مذهب التطور التاريخي .

وقد فرتب على هذه الانتقادات أن أنفض الكثيرون عن مذهب القانون الطبيعي وضعفت فكرته وتقلص إنتشاره . غير أنه في أواخر هذا القرن حاول البعض من الفقهاء إحياء هذا المذهب واعطائه دقة جديدة عن طريق التوفيق بين ما يتصف به هذا القانون من عموم وثبات وبين تعاليم المدرسة التاريخية، وكان ذلك على يد الفقيه الألماني «ستاملر» فيه عرف باسم القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة أو المضمون المتغير .

وأساس نظرية «ستاملر» هي فكرة القانون العادل التي تسمو على القولين الوضعية، فهذه الفكرة ثابتة، أساسها التمييز بين العدل والظلم وإقامة القواعد القانونية على دهائم من العدل ، أما ما هو العدل وكيفية التمييز بين ما هو عدل وما هو ظلم فمسألة نسبية تختلف في

الزمان والمكان، فما يعد عدلاً لدى شعب قد يكون هو الظلم لدى شعب آخر، وما يعد عدلاً في الماضي قد لا يعد عدلاً في الحاضر .

أي أن فكرة العدل وهي جوهر القانون الطبيعي هي فكرة عامة وثابتة، أما ما يعد عدلاً لو ما لا يعد كذلك فيختلف باختلاف الأزمنة والمجتمعات حسب التصوير المائد فيها لفكرة العدل .

وقد تعرضت نظرية «ستاملر» لنقد شديد من جانب الفقهاء، فبيل في نقدها أن صاحبها قد هدم مثله الأعلى للعدل بتسليمه بأنه أمر نسبي وليس مطلقاً، ويقول أن القانون الطبيعي المتغير المضمون كما صوره «ستاملر» ليس أكثر من زجاجة فارغة لصبغ عليها بطاقة جميلة (١) وقيل أخيراً أن محاولة «ستاملر» في إحياء للقانون الطبيعي على هذه الصورة هو في الواقع هدم له، ذلك أن فكرة العدل كما عرضها هذا الفقيه هي فكرة خلقية، في حين أن أساس القانون الطبيعي هو في اعتباره مجموعة مبادئ يكشفها للعقل، ولا تختلط بالأخلاق .

٧٢- إحياء القانون الطبيعي في صورته التقليدية :

ظهرت في الفقه الحديث حركة ترمي إلى إحياء مذهب لقانون الطبيعي في صورته التقليدية مع الحد من مضمونه، ذلك أنصار هذا القانون أسرفوا في الماضي عندما ادعوا أنه يتضمن قواعد جزئية تواجه كل ما يثار من منازعات في الحياة العملية وتضع لها حلولاً معقولة، ذلك أن المنازعات ومشااكل الحياة لا يمكن أن تعرض ويصورة

(١) أنظر «روبيو» للمرجع السابق، ص ١٩٩ .

ولاحدة في مختلف المجتمعات حتى يقال بوجود قواعد مشتركة ثابتة نحلها.
لذلك اتجه أصحاب مذهب القانون الطبيعي في العصر الحديث إلى أن
مضمون هذا القانون قاصر على عدد محدود من المبادئ الأساسية المشتركة
بين الجماعات ، وهم مبادئ لا تصلح في ذاتها للتطبيق العملي ، وأنه تصلح
لتوجيه المشرع إلى العدل بما تتضمنه من مثل عليا . من ذلك مبدأ وجوب
احترام شخص الانسان ، ومبدأ الوفاء بالعهد المقطوع ، ومبدأ تعويض الغير
عن الضرر غير المشروع ، ومبدأ إحترام الأسرة ، ومبدأ إحترام الملكية ،
ومبدأ إحترام السلطة العامة ، ومبدأ عدم الإثراء على حساب الغير بدون
سبب .

ولكن يؤخذ على هذه المحاولة أن أصحابها لم ينفقوا على ما يدخل من
مبادئ أساسية في القانون الطبيعي ، كما يؤخذ عليها أن من المبادئ التي
ينسب إكتشافها إلى العقل ما يمكن رده إلى الأخلاق كمبدأ الوفاء بالعهد
مثلا ، وأخيرا يؤخذ عليها أن من المبادئ التي يطوي عليها القانون الطبيعي
ما يتعلق بنظم كنظام الأسرة ، ونظام الملكية ، ونظام الدولة ، وهي نظم لعب
فيها التطور التاريخي دوره الكبير ، فنظام الدولة الحديث مثلا ليس هو نظام
الشيعة الذي عرف قديما ، لأن هذا النظام مبناه التجريبية وليس مجرد العقل
القويم الذي تقوم عليه فكرة القانون الطبيعي (١) .

(١) ربييه ، المرجع السابق ، ١٨٩ و ١٩٠ .

المطلب الثاني

المذاهب الواقعية

٧٤- تعدد المذاهب الواقعية :

ظهرت في القانون التاسع عشر فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية التي يعارض أصحابها الفلسفة المثالية التي بني عليها القانون الطبيعي، وأساس الفلسفة الواقعية هو الملاحظة والتجربة، وقد أنبعثت من هذه لفلسفة عدة مذاهب، نذكر منها : المذهب التاريخي، ومذهب الغاية أو الكفاح^(١)، ومذهب التضامن الاجتماعي^(٢)، ولأننا سنقتصر هنا على ذكر مذهب التاريخي .

(١) سمي هذا المذهب بمذهب التافئ أو الكفاح لأن صاحبه وهو الفقيه الألماني «امرنج» يرى أن القانون ينشأ ويتطور بمعل لوائه وأعباء نتائج لتحقيق غايتها وقد عرض ذلك في كتابه «التفاح في سبيل القانون» .

(٢) يقوم مذهب التضامن الاجتماعي الذي دعي إليه الفقيه الفرنسي «ديجي» على أن القانون كائن اجتماعي . وعلى أن الأفراد في المجتمع تربطهم روابط تضامن ، هي رابطة تضامن تقوم على تشابه الحاجات ،ورابطة تضامن تقوم على تقسيم العمل لتبادل الخدمات «ديجي» القانون الدستوري ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ١١٢٧ - وأظهر حسن كيرة بأصول القانون ١٩٥٩ - ١٩٦٠ بند ٧٠ وما بعده) .

٧٥- ظهور المذهب التاريخي :

بدأت معالم المذهب التاريخي في الظهور في القرن الثامن عشر في كتابات وأقوال بعض المفكرين الفرنسيين، من ذلك ما أشار إليه «مونتسكيو» في كتابه روح للشرع من أنه «ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له، حتي أنه ليكون محض صدفه أن توافق قوانين أمة أمة أخرى ... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد، ومركزها واتساعها، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب ... ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم، كما ذهب «هورتاليس» وهو أحد واضعي التقنين الفرنسي إلى أنه «تتكون تقنيات الشعوب من الزمن، فهي في الحق لا تصنع» .

غير أن هذا المذهب لم تكتمل معالمه ولم ينتشر إلا على يد لفقيه الألماني «سافيني» الذي تصدى لمحاولة تكوين القانون المدني في ألمانيا على غرار ما تم في فرنسا وذلك في بيان نشره سنة ١٨١٤ .

ولما كانت فكرة التقنين تتعشى مع مذهب القانون الطبيعي، لأنه ما دام أن هناك قانوناً طبيعياً عاماً وثابتاً يكشف عنه العقل البشري، فلا منعير من التقنين لأن العقل يستطيع أن يكشف عن هذا القانون الطبيعي وأن يضعه في نصوص .

ولذلك قام «سافيني» بمحاربة فكرة التقنين عن طريق معارضة للمذهب الطبيعي وهدم الأسس التي يقوم عليها .

٧٦- مقومات المذهب التاريخي :

يقوم المذهب التاريخي على أسس ومبادئ يمكن إيجازها فيما يلي :

أولاً : أن القانون ليس من نتاج التفكير والإستنباط كما يدعي أصحاب القانون الطبيعي، بل هو وليد حاجات الجماعة وما يكتنفها من ظروف وما يتفاعل فيها من عوامل إجتماعية ودينية واقتصادية وسياسية وجغرافية .

أي أن القانون حدث إجتماعي يوجد ويتطور تلقائياً نتيجة تفاعل العوامل السابقة، وهي عوامل تختلف من مجتمع إلى مجتمع آخر، كما تختلف في نفس المجتمع باختلاف الأزمنة . وعلى هذا النحو يستبعد هذا للمذهب فكرة القانون الطبيعي العام الثابت الذي لا يتغير والذي يهدي اليه العقل عن طريق التفكير المجرد .

وفي هذا الشأن يقارن هذا المذهب بين اللغة والقانون، فاللغة تنشأ وتتطور تلقائياً دون حاجة إلى علماء النحو، الذين يقتصر دورهم فيما بعد على ضبط أصولها ، كذلك القانون فهو ينشأ ويتطور ذاتياً بحيث يقتصر عمل الفقهاء في مرحلة تالية على تسجيله .

ثانياً : ما دام القانون وليد البيئة والعوامل التي تتفاعل فيها فلا يمكن القول بأن له غاية معينة يسعى إلى تحقيقها، وذلك لإنعدام الإرادة العاقلة الموجهة له .

ثالثاً : بما أن القانون هو ثمرة ظروف البيئة التي ينشأ فيها فمن

الطبيعي أن يكون للعرف - وهو ما درج الناس على أتباعه - الصدارة على باقي مصادر القانون وأخصها التشريع .

رابعاً : بما أن القانون هو وليد الظروف الاجتماعية لكل أمة في ماضيها وحاضرها ومستقبلها، وأنه دائم التطور بطريقة غير محسوسة، فيعبرن البعد به عن فكره الجمود التي يدهى إليها النقيين .

٢٧- تقدير المذهب التاريخي :

إذا كان للمذهب التاريخي فضل إبراز صلة القانون بظروف المجتمع والعوامل التي تؤثر فيه، وبالتالي في الكشف عن نسيبة القانون واختلافه وفقاً للبيئة والزمن، إلا أن هذا لا يمنع من إسرافه في بعض منطلقاته، مما عرّضه لإنقادات عدة يمكن إجمالها فيما يأتي :

أولاً ، المغالاة في ربط القانون بالبيئة، وإغفال دور الإرادة الواعية للإنسان في توجيه أحكامه، وفي هذا انكار للواقع الذي تشهد به الحركات الكبرى في تاريخ البشرية كإلغاء العرق وإعلان حرية العقيدة وحرية العمل وغيرها من الأحداث التي تعبر معالم في طريق الإنسانية .

ثانياً ، أن التسليم بدور الإرادة الواعية في تكوين القانون وتطويره، يستتبع التسليم بوجود هدف للقانون، وهو ما كشف عنه «أهرنج» في مذهبه المسمي بمذهب الغاية أو الكفاح .

والواقع أن القول بأن القانون يسير في تطوره دون هدف معين - كما زعم المذهب التاريخي - لا يتفق وظيفة القانون في توجيه سلوك الأفراد .

ثالثاً ، بالغ أصحاب المذهب التاريخي في دور العرف كمصدر للقانون، وبالرغم من عدم التقليل من هذا الدور، إلا أنه لا مجال للشك

في أن التشريع قد أصبحت له الصدارة في المجتمعات الحديثة لأنه لو جرد للقادر على سرعة تلبية حاجاتها، أما العرف فعاجز عن ذلك لأنه بطبيعته بطيء التكوين، والتشريع كما هو معروف يصدر عن الإرادة الواعية الموجهة.

وأما، أسرف المذهب التاريخي في الإعتداد بالقومية للقانونية المبينة على الظروف الاجتماعية لكل جماعة، وقد أثبت للواقع عدم صحة ذلك، فالتاريخ يحدثنا عن نجاح استعارة بعض الدول لقوانين أجنبية، حدث هذا في ألمانيا عندما طبقت منذ أواخر القرن الخامس عشر القانون الروماني، وحدث هذا في مصر ولبنان وغيرهما من الدول عندما استمدت بعض تشريعاتها من القوانين الفرنسية .

خامساً : أثبت الواقع أن عدام «سافيني» لفكرة التقنين كان حذاء مغالي فيه، إذ سارت معظم دول العالم في طريق التقنين، ومنها ألمانيا نفسها عندما وضعت مجموعتها المدنية في أواخر القرن التاسع عشر .

المطلب الثالث

المذاهب المختلفة أو المتوسطة

٧٨- التجمع بين المثالية والواقعية :

كانت المغالاة والتطرف من أنصار مذهب القانون الطبيعي وأصحاب المذاهب الواقعية على السواء، سبباً في وقوعها في الكثير من الزلل كما رأينا. فالقانون لا ينبع من مبادئ عامة وثابتة يكشفها العقل المجرد كما ذهب أنصار القانون الطبيعي، بل أن المشاهد أنه يختلف باختلاف الجماعات

ويتطور بمرور الزمن، وهو ما كشفت عنه المدرسة الواقعية .

والقانون وإن كان يتأثر بمختلف العوامل الاجتماعية كما ذهب المدرسة الواقعية، إلا أنه لا يمكن إنكار دور الإرادة الواعية في توجيهه، لأن الإنسان - ذلك الكائن لعقل - لا يمكن أن يقف موقف المتفرج على ما يدور من حوله، وهو ما أغفله أصحاب المذاهب الواقعية .

وفنادياً لهذه الانقلابات إنتهج للكثير من الفقهاء المحدثين نهجاً رسمياً أسسه أن القانون إنما يستمد مادته من الحقائق الواقعية التي تثبت بالمشاهدة والتجربة، وما يصل إليه العقل الانساني على ضوء هذه الحقائق، وهذا ظهر ما يسمى بالمذاهب المختلفة أو المتوسطة، وإذا كنا نشير هنا إلى مذهب الفقيه الفرنسي جورج ريبير، المسمى بالقوى الخالقة للقانون^(١) . فإنا نكتفى بعرض لمعالم مذهب العلامة الفرنسي «فرنسوا جيني» المسمى بنظرية العلم والصياغة .

٧٩- أساس القانون عند جيني:

ذهب للعلامة «جيني» في كتابه المسمى «العلم والصياغة في لقانون الخاص الوضعي» إلى أن القاعدة القانونية تتألف من عنصرين: أولهما للعلم (La science) ويقصد به لاحقائق التي تتكون منها المادة الأولية للقاعدة، وثانيهما الصياغة أو الامتاعة (La technique) ويقصد بذلك الصورة التي تشكل بها القاعدة القانونية حتي تصبح

(١) «ريبير»، القاعدة العقلية والالتزامات المدنية بند ٧ وما بعده، والقوى الخالقة للقانون بند ٩ وما بعده.

مصالحة للتطبيق وإن تناول هذا هذا العنصر لأننا سنعود لدراسته عند بحث صياغة القاعدة للقانونية .

٨٠- الحقائق المكونة للمادة القانونية :

تكون مادة القاعدة القانونية عند «جيني» من حقائق عدة يمكن تقسيمها إلى أربعة أنواع هي : الحقائق الراقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية والحقائق العقابية والحقائق المثالية وسد بحث بإيجاز كل من هذه الأنواع (١) .

٨١- الحقائق الواقعية أو الطبيعية :

هي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع الذي يوجد فيه الناس في الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية أو طبيعية مثل المناخ وتكوين الإنسان العضوي أو الجسمي، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية والقراعات الأخلاقية والشعور الديني، وقد تكون ظروفاً اقتصادية أو قوى سياسية أو إجتماعية (٢) .

هذه الحقائق وإن كانت لا تنشئ القواعد القانونية مباشرة، إلا لأنها تخلق المناخ والبيئة اللازمين لوجودها .

(١) راجع حسن كيرة، أصول القانون بند ٧٤ وما بعده .

(٢) «جيني» العلم والصياغة في القانون الخاص للوضعي، بند ١٦٧ من ٣٧١ .

من ذلك أن إختلاف الجنس بين الرجل والمرأة - وهذه حقيقة طبيعية - يؤثر مسألة الارتباط بينهما وما يتطلبه هذا الارتباط من تنظيم قانوني .

٨٢- الحقائق التاريخية :

يقصد بالحقائق التاريخية ما تكون على مر الزمن من أصول ومبادئ يمكن إستخلاصها من تتبع النظم المختلفة في تطورها عبر التاريخ، وهي تكون في مجموعها تراثا تتناقله الأجيال بربط الحاضر بالماضي، ولو إتجه الحاضر إلى التجديد أو التعبير في النظم القانونية المعمول بها .

فالملكية الفردية مثلا - بالرغم مما تعرض له من إنتقادات - تجد لها في التاريخ سندا قويا . فبمستقراء التاريخ يتبين أن الملكية الفردية إنما هي ثمرة تطور بدأ بالملكية المشتركة للعشيرة، ثم الملكية المشتركة للأسرة، ثم الملكية الفردية .

وارتباط الرجل بالمرأة يظهر على ضوء الحقائق التاريخية في صورة زواج إنخذ شكل نظام محكم في شروطه وآثاره، ويخضع لرقابة سلطة اجتماعية قد تكون دينية وقد تكون مدنية .

٨٣- الحقائق العقلية :

يقصد بالحقائق العقلية ما يستخلصه العقل، حده من طبيعة الإنسان، من الحياة في المجتمع دون النظر إلى غاية مثالية، أو بعبارة أخرى يقصد بالحقائق العقلية ما ينتهي إليه العلم من تقدير الحقائق.

الطبيعية والتاريخية لمعرفة مدى ملاءمتها للغاية التي يهدف اليها التنظيم القانوني . وهذه الحقائق هي مضمون القانون الطبيعي وفقاً لمدلوله التقليدي .

ففي نظام للزواج مثلاً، يفرض العقل أن يكون الارتباط بين الزوجين دائماً ومستمرّاً، متيحاً عن تراض بقصد انشاء أسرة وتربية أبناء، وهذه هي الحقيقة العقلية ، وهي حقيقة مسلمة وثابتة عالمياً.

٨٤- الحقائق المثالية :

يرى جيني أنه خارج التنظيم القانوني الذي تفرضه الحقائق الواقعية ومقتضيات العقل المستدير بالحقائق التاريخية، توجد إعتبارات مادية أو نفسية أو خلقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية، لا تفرض قواعد سلوك جديدة في المجتمع، ولكنها تقبل ميولاً ونزعات معينة يجب تباعها لتحقيق التنظيم الكمال للربط القانونية .

ولما كانت هذه الميول والنزاعات وليدة الأفكار والمعتقدات السائدة في مجتمع معين في زمن معين، فهي على خلاف الحقائق العقلية ليست عالمية ولا ثابتة . فمثلاً تختلف المجتمعات في تنظيمها للزواج وفقاً لمثلها العليا، ولذا يتنازع هذا التنظيم مبدأ وحدة الزوجية أو تعدد الزوجات وأبدية الزواج أو جواز حل عقده بالطلاق، وفقاً للإتجاهات الدينية والخلقية والاجتماعية السائدة في المجتمع في زمن معين .

كذلك الحال فيما يتعلق بالتعويض عن الفعل الضار، والحقيقة العقلية تتطلب لقيام المسؤولية وإستحقاق التعويض وقوع خطأ من المسؤول، ولكن نظراً لإنتشار استعمال الآلات وتعدد إثباتات خطأ رب

العمل، اتجهت التشريعات الحديثة إلى إحلال فكرة تحمل التبعة محل فكرة المسؤولية المبدئية على خطأ في بعض المجالات، وهذا الاتجاه ليس وليد حقيقة عقلية وإنما وليد حقيقة مثالية للتخفيف عن المضرور .

٨٥- تغليب الحقائق العقلية :

يري «جيني» أن من بين الحقائق السابقة التي تدخل في تكوين القانون الوضعي - وهي حقائق لا تقبل التجزئة - يجب تغليب الحقائق العقلية؛ ذلك أن الحقائق الواقعية والتاريخية لا تحتاج في الكشف عنها إلى جهد ذهني لأنها تستخلص من المشاهدة والتجربة، كما أن الحقائق لمثالية تهدف فقط إلى السمو بالقواعد القانونية التي يفرضها العقل مستقراً بالطبيعة والتاريخ ، ولذا يظل القانون في أساسه عملاً عقلياً قولمه العدل يوفر الأمن والنظام في الجماعة . وقد سبق لنا بحث فكرة العدل التي هي هدف القانون .

٨٦- الصياغة أو الصناعة في القاعدة القانونية :

يري «جيني» أنه بجانب عنصر العلم في القاعدة القانونية والذي يتضمن الحقائق السابقة الإشارة إليها، يوجد عنصر الصياغة أو الصناعة لضبط الشكل الذي يجعل القاعدة سالحة للتطبيق، وهو ما منحصر له في كلامنا في شكل القاعدة للقانونية .

المزج الثاني

شكل القاعدة القانونية

٨٧- الصياغة القانونية :

بجانب عنصر المادة أو المضمون في القاعدة القانونية وهو ما يعرف باسم جوهر القاعدة، يوجد عنصر آخر مخم له ولا غنى عنه هو عنصر الشكل، ذلك أنه بقدر ما نحتاج إلى الجوهر لإدراك الغاية من القاعدة، بقدر ما نحتاج إلى الشكل لتحقيق التطبيق العملي لها عن طريق ضبط وتحديد المصنعين . أي أنه إذا كان الجوهر هو الغاية من القاعدة، فإن الشكل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . والشكل يتحقق من طريق الصياغة القانونية، وكلما كانت الصياغة موفقة وملائمة، كلما زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق وستناول بإيجاز أنواع الصياغة القانونية وطرقها أو أدولتها .

المبحث الأول

أنواع الصياغة القانونية

٨٨- الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

قد تتحدد الفكرة الجوهرية التي تتناولها القاعدة القانونية تحديداً جامداً حاسماً لا يترك للقاضي أي مجال للتقدير عند تطبيقها، وقد تتحدد تحديداً مرناً يفسح المجال لهذا التقدير عند التطبيق . ويطلق على الصيغة في الحالة الأولى إسم الصياغة الجامدة، ويطلق عليها في الحالة الثانية إسم الصياغة المرنة .

٨٩- الصياغة الجامدة:

يقصد بالصياغة الجامدة، كما أشرنا محرمان القاضي من مكنه التدوير عند تطبيق القاعدة القانونية، الآن هذه الصياغة لا تأخذ في الاعتبار ما يميز كل حالة من الحالات التي تطبق عليها القاعدة من ظروف وملازمات : فمثلا القاعدة القانونية التي تحدد من المرشد ببلوغ الشخص سنا معينة لا تدخل في الاعتبار درجة التصنوج العقلي التي تختلف من شخص إلى شخص آخر، فكل من بلغ مثلا في القانون المصري الحادية والعشرين ولم يحجر عليه يعتبر أهلا لممارسة حقوقه المدنية بصرف للنظر عن درجة تصنوج العقلي كقائنا .

والأمثلة على للصياغة الجامدة كثيرة، بل أن الغلبة في التشريعات كالتشريع المصري والتشريع اللبناني إنما لهذا النوع من الصياغة، من ذلك تعدد مواعيد الطعن في الأحكام ، فلا يصح للقاضي قبول الطعن في حكم بعد قوت الميعاد بحجة أن ظروف الطاعن لم تمكنه من إجراء الطعن في ميعاده القانوني .

كذلك يعتبر من قبيل الصياغة الجامدة تحديد بدء التقادم، وسعر الفائدة . ومقدار الضريبة التي يدفعها للممول .. الخ، وبصفة عامة تعتبر الصياغة جامدة كلما تحدد الشخص أو الواقعة أو الحكم في القاعدة القانونية تعديدا لا يترك مجالاً لأي سلطة تقديرية من جانب القاضي حدد للتطبيق .

٩٠- الصياغة المرنة:

تختلف الصياغة المرنة عن الصياغة الجامدة في أنها لا تضمن

للقاعدة القانونية حكماً ثابتاً لا يتغير بالنظر إلى ظروف كل حالة، بل تصفي عليها نوعاً من المرونة يستجيب لتغيرات الظروف مما يدرك للقاضي حرية التقدير وفقاً لواقع وملابسات كل حالة.

فمثلاً يعتبر من قبيل الصياغة المرنة في القانون الجزائري ترك تحديد العقوبة للقاضي بين حدين، حد أقصى وحد أدنى، وفقاً لظروف الجريمة، أو الترخيص للقاضي الحكم بإحدى عقوبتين أو بهما معاً، أو جوازاً تخفيض العقوبة إذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة.

كما يعتبر من قبيل الصياغة المرنة في القانون المدني تحديد فكرة النظام العام أو الأدب، أو تحديد المألوف من الاضرار التي يتعين على الجار تحملها، أو تقدير العذر المقبول الذي يتيح للواهب الرجوع في الهبة، أو تحديد الرهبة القائمة على أساس التي تجيز إبطال العقد للاكراه، وغير ذلك من أمثلة يزر بها هذا الفرع من القانون وغيره من الفروع.

٩١- الحاجة إلى نوعي الصياغة معاً :

لكل من الصياغة الجامدة والصياغة المرنة مزاياها وعيوبها. فعن مزايا الصياغة الجامدة أنها تحقق بمر تطابق القاعدة القانونية على القاضي، إذ يكفي أن تتوفر شروطها لحكم بمقتضاها دون حاجة إلى النظر في ظروف الشخص أو ملابسات الواقعة، كما أنها تؤدي إلى استقرار الأحكام، لأن كل شخص فيها معرفة من القانون سواء بالامتناع إلى حقوقه أو واجباته. ومع ذلك يعاب عليها أنها تحقق هذه المزايا على حساب العدالة في التطبيق لأنها تغفل الظروف والملابسات

للخاصة بكل حالة، وأنها لعمومها تفقد عن ملاحقة التطور وما يستجد من حالات .

أما الصياغة المرنة فإنها وإن كانت تحقق العدالة في التطبيق لأنها تتدخل في الحساب ظروف وملابسات كل حالة، علاوة على قدرتها على مسايرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يستجد من حالات، إلا أن ذلك لا يتم إلا على حساب الاستقرار والأمن المتني في المعاملات .

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل أنواع الصياغة القانونية وضحت الحاجة إلى كل منهما، وظهرت ضرورة الجمع بينهما في كل نظام قانوني تحقيقاً للمزايا الخاصة بكل منهما، وإن كان المألوف الآن هو غلبة الالتجاء إلى الصياغة الجامدة في منظم الدول .

المبحث الثاني

طرق أو أدوات الصياغة القانونية

٩٢- الطرق المادية والطرق المنوية،

نقتضي طبيعة بحثنا التي نخاطب المبتدئ في دراسة القانون لاكتفاء بإعطاء فكرة عامة عن بعض طرق الصياغة التي توفر للقاعدة القانونية صلاحية للتطبيق .

ويقسم الفقهاء عادة هذه الطرق إلى طرق مادية وطرق معنوية أو تمهلية .

المطلب الاول

الطرق المادية

٩٢- المقصود بالطرق المادية :

يقصد بالطرق المادية التعبير عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسداً لا يحتاج إلى جهد فكري في ادراكها مما يوفر للمعاملات جانب الإستقرار والأمن، ومن ذلك طريقة احلال الكم محل الكيف وطريقة التشكيلات.

٩٤- إحلال الكم محل الكيف :

يقصد بإحلال الكم محل الكيف وهو ما يطلق عليه البعض اسم «الترقيم» أي التعبير بالأرقام ، صياغة المعنى الكيفي الذي يتضمنه جوهر للقاعدة صياغة رقمية تقطع دابر كل خلاف في شأن إدراك هذا المعنى وتطبيقه .

والتعبير بالأرقام وإن كان لا يفتق في جميع الحالات وواقع الأمر، إلا أنه يعبر عن الغالب فيها، ومن الأمثلة عليه تحديد الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية ببلوغ سن معينة . ذلك أنه إذا كان الأصل أن تمام التمييز وانتماء الإدراك هو مناط الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية، إلا أن هذا المعنى إذا ترك على هذا النحو في التطبيق فإنه يشيع في المعاملات الفوضوي والاضطراب وفي القضاء العنت والإرهاق، إذ يتعين على القاضي أن يبحث في كل حالة على حدة هل بلغ الشخص فعلاً درجة النضج التي تؤهله لمباشرة حقوقه المدنية، وهو أمر بالغ الصعوبة، ولذا يلجأ المشرع إلى ترجمة المعنى الكيفي لتمام التمييز والإدراك برقم ييسر تطبيقه

القاعدة، فيقرر مثلاً كما فعل المشرع المصري أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٢/٤٤ مدني).

فيذه السن هي التي يرى المشرع المصري أن الشخص يبلغ فيها تمام النضوج العقلي عادة، وإن كان الواقع أن من الأشخاص من يتوافر له هذه الدرجة من النضوج قبل بلوغ هذه السن، كما أن منهم من لا يتوافر له هذا النضوج إلا في وقت لاحق لها، ولكن المشرع حسم هذا الأمر بوضع هذا الرقم أخذاً بالغالب.

والأمثلة على الصياغة بالترقيم كثيرة منها تحديد الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الإتفاق عليها في القانون المصري بنسبة ٧٪، ومنها تحديد مدة التقادم المكسب للحق، وتحديد مدة التقادم المسقط للإلتزام، وتحديد أنصبة الوراثة بنسب معينة تراعي فيها درجة القرابة إلى المورث، وتحديد العقوبات على الجرائم بتقييد الحرية مدة معينة أو بدفع مبلغ من المال كغرامة ... الخ.

٩٥- الشكليات،

يقصد بالشكل ضرورة إفراغ التصرف القانوني في شكل خارجي معين حتي يترتب عليه أثر القانوني. ويسلزم المشرع الشكل تحقيقاً لغاية معينة هي: أما التنبيه إلى خطورة التصرف، وأما لتيسير إثباته، وأما لإمكان الاحتجاج به على الغير.

ذلك أنه إذا كان الأصل في القوانين الحديثة هو الأخذ بمبدأ الرضائية في تكوين العقد، أي الاكتفاء بمجرد التراضي لنتمام التصرف والإلتزام به، إلا أنه هناك من التصرفات ما قد يكون خطراً على المتصرف، فيقوم المشرع بتنبيهه إلى خطورته عن طريق إسئلام إفراغ التصرف في شكل معين وإلا وقع باطلاً، من ذلك هبة العقار، وفيها يخرج العقار من ملك الوهاب دون مقابل، فتطلب المشرع للرسمية أي إبرام التصرف

أمام موظف رسمي مختص حتي يقع العقد صحيحاً (م ١/٤٨٨ مدني) .
كذلك قد يقصد بالشكل تيسير الإثبات عن طريق تطلب الكتابة كدليل
على إلتحاق التصرف ونشوء الإلتزام أو انقضائه، والكتابة لازمة اذا زادت
قيمة الإلتزام على خمسمائة جنيه في القانون المصري (م ٦٠ من قانون
الإثبات في المواد المدنية والتجارية) وعلى أربعين ألف ليرة في القانون
الليبياني .

أخيراً قد يقصد بالشكل توفير العلانية للتصرف حتي يمكن الإحتجاج
به على الغير أي على غير المتعاقدين، من ذلك ما تنص عليه المادة
١/٥١٦ من المقتنين للمدني المصري من أنه «تعتبر الشركة بمجرد تكوينها
شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد إستيفاء
إجراءات النشر التي يقرها القانون» .

المطلب الثاني

الطرق المعنوية

٩٦- المقصود بالطرق المعنوية ،

نقوم الطرق المعنوية على جهد ذهني من جانب المشرع الذي يستخدم
لسانيب المنطق ويصطنع الفكر تحقيقاً للغاية التي يهدف إليها من وضع
القاعدة القانونية . ومن الأمثلة على هذه الطرق ما يصمي بالقرائن القانونية،
وما يدعي بالافتراضات أو الحيل القانونية .

٩٧- القرائن القانونية ،

يقصد بالقرينة القانونية (La présomption légale) استملاص

أمر مجهول من أمر معلول على أساس غلبة تحقق الأمر الأول، إذا تحقق الأمر الثاني.

ويلجأ المشرع عادة إلى القرائن القانونية في الحالات التي يرى أنه يتعذر أو يستحيل فيها المطالبة بدليل مادي، فيقطع الشك في شأنها بما يوافق الأصول والمطالب في المسئل، من ذلك ما ورد في الحديث الشريف الولد للمرأش ذلك أن اثبات نسب المولود من زوج للوالدة أمر عمير، ولما كان المالب أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها أثناء قيام الزوجية، يفترض للقانون الحمل أثناء للزوجية إما لإنصال الزوج بزوجته، وعلى هذا الأساس ينسب الولد للزوج، ويعفى من يريد إثبات هذا النسب من إقامة الدليل عليه، تكفاه باقامة الدليل على واقعة أخرى هي حدوث الحمل أثناء فترة الزوجية، وهي واقعة يسهل إثباتها .

ومن الأمثلة على القرائن القانونية كذلك ما يقضي به القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة قريبة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط (م ٥٨٧ مدني) . ذلك أن المبرج لا يقبل عادة إستيفاء القسط الأخير وإصلاء مخالفته إلا إذا استوفي الأقساط السابقة عليه .

ومن هذه القرائن أيضا قرينة إفتراض التقصير في جانب مكولي الرقابة إذا ارتكب القاصر عملا غير مشروع (١٧٣ مدني)، وقرينة إفتراض لخطأ في الحراسة في جانب حارس الحيوان أو الأشياء الميكانيكية إذا صرت بالغير (م ١٧٦-١٧٨ مدني) .

والقرائن القانونية على نوعين بسيطة أو نسبية، وقرائن قاطعة أو مطلقة . والقرنية البسيطة هي التي يجوز إقامة الدليل على عكس ما ورد بها، وغر ما تشير إليه المادة ٤٠٤ من النسخين المدني المصري بنولها

القرنية القانونية تعني من تفررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق
الاثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرنية بالدليل العكسي ما لم يوجد نص
يقضي بغير ذلك .

ومن قبيل القرنية البسيطة قرنية «الولد للفراش» فيجوز نقضها باثبات
أن الولد ليس لبنا لزوج المولدة . كما يجوز اثبات أن قسلاً معيناً من أقسام
الأجرة لم يدفع بالرغم من دفع القسط اللاحق له .

أما الطريقة القاطعة فهي التي لا يجوز إقامة الدليل على عكسها . ومن
قبيل هذه القرائن قرنية الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان إذا أصبر
بالخير، فلا يجوز للحارس نفي هذا للخطأ باثبات أنه قام بما ينبغي من العناية
حتى لا يقع هذا الضرر .

هذا ويلاحظ الفرق بين القرائن القانونية وبين ما يسمى بالقرائن
القضائية . فالقرينة القانونية من صنع المشرع وتكون في مرحلة صياغة
القاعدة القانونية، أما القرينة القضائية فهي من صنع القاضي وتكون في
مرحلة تطبيق القاعدة القانونية . فالقاضي كثيراً ما يستخلص في صدد نزاع
معروض عليه - من بعض الوقائع الثابتة - عناصراً لتكوين رأيه تتفق
والغالب في العمل، كاستخلاص صورية البيع أو صورية الثمن من قيام
علاقة الزوجية بين البائع والمشتري مثلاً .

٩٨- الحيل أو الافتراضات القانونية:

يقصد بالحيل أو الافتراضات القانونية (Les fictions Juridiques)
الباس للزيف والخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانوني معين، ما
كان لينحقق لولا هذا الافتراض الكاذب .

وظاهر وجه الاختلاف بين القرينة القانونية والحيلة أو الافتراض القانونية . فالقرينة تقوم على التسليم بما يجري به الغالب من الأمور وفقاً لطبيعة الأشياء، أما الحيلة القانونية فتقوم من بادئ الأمر على زيف صناعي تتطلبه الضرورة أحياناً .

ومن الأمثلة على الحيل القانونية نظام الموت المدني الذي كان معروفاً في الشرائع القديمة، وبمقتضاه كان يفترض موت الشخص رغم بقاءه على قيد الحياة، وكان يترتب على هذا الافتراض إنهاء الشخصية وما يجره هذا الإنهاء من نتائج معينة .

ومن هذه الحيل أيضاً فكرة المقاربات بالخصيص، وهي مقولات بمطابقة ما يخص من الإرادة العامة لخدمة غاية أو إرادة غلاته كالآلات الزراعية والمأشبة التي يخصصها مالك الأرض لخدمتها وزراعتها . وبمقتضى هذا الافتراض لا يجوز الحجز على هذه المقولات وفقاً لإجراءات حجز لمقتول، كما لا يجوز التنفيذ عليها مسجلة عن الأرض المخصصة لخدمتها حماية لهذا النوع من الاستغلال .

كذلك يعتبر من قبيل الحيل القانونية مبدأ افتراض علم الكافة بالقانون وعدم جواز الإعتذار بجهله . فهذا المبدأ يفترض - خلافاً للواقع - علم كل فرد في الدولة بالقانون الصادر، لتفويت فرصة الفرع بالجهل به، وتحقيقاً للمساواة بين الجميع في تطبيق القانون .

وإذا كانت الحيل أو الافتراضات القانونية قد قامت بدورها في الشرائع القديمة، إلا أن الأمر قد تغير الآن بالنسبة لها، فجميع النظم القانونية الحديثة لا تلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى ولتحقيق غاية معينة لا يجب تجاوزها، نظراً لأنها من قبيل الصياغة البعيدة بل ومخالفة للواقع .

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

٩٩- المصادر المادية والمصادر الرسمية:

يقصد بالمصادر المادية للقاعدة القانونية مجموعة العوامل التي تتدخل في تكوين القاعدة وتحديد مضمونها، وهو ما سبق أن تناولناه بالبحث عدد دراسة تكوين القاعدة القانونية.

وهذه العوامل، كما نطم، قد تكون لجمعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو أخلاقية، أو غير ذلك من العوامل التي تعبط بالبيئة والجمعية.

كذلك يقصد بالمصادر المادية الأصل التاريخي أو ما يسمى بالمصدر التاريخي للقاعدة القانونية، فالقانون الروماني يعتبر أصلاً تاريخياً لقانون الفرنسي، كما أن القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية وكذا القانون البرماني تعتبر مصادر تاريخية للقانون المدني المصري الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨.

أخيراً يعتبر الآن من المصادر المادية الفقه والقضاء. ويقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها غالبية أو الشراح.

ويقصد بالقضاء مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام

المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يطرح عليها من أفضية للفصل فيها. ويطلق الآن على الفقه والقضاء اسم المصادر التفسيرية لأنهما يساهمان في توضيح القاعدة القانونية وإزالة ما بها من غموض أو لبس. أما المصادر الرسمية، وتسمى كذلك بالمصادر الشكلية، فتتمثل في الوسائل التي بها يتوافر للقاعدة القانونية صفة الإلزام، ويأبى التشريع في الوقت الحاضر في مركز الصدارة بالنسبة لهذه المصادر في غالبية الدول ومنها مصر وليثان.

١٠٠- تطور المصادر الرسمية:

ذكرنا أن التشريع يحتل الآن مركز الصدارة بالنسبة للمصادر الرسمية، غير أن الأمر لم يكن كذلك في الماضي، وهو ليس أيضا كذلك في جميع الدول.

في الماضي، وفي الجماعات الأولى، وقبل نشوء الدولة وقيام السلطة التشريعية، كان العرف هو المصدر الرسمي للقانون. وللعرف يستمد مما تواضع عليه الناس في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية، بحيث اعتقدوا لزوم القواعد التي اعتادوا عليها في هذا الشأن.

وبلى العرف الدين، فقد كان الدين مصدراً رسمياً لكثير من لقواعد القانونية، لأن من الأديان ما تناول بالتنظيم مسائل المعاملات بجانب مسائل العبادات. غير أن دور الدين أخذ يتضاءل في المجتمعات الحديثة بحيث أصبح مصدراً نادياً لكثير من القواعد التشريعية.

كذلك كان للفقه والقضاء دورهما كمصدرين رسميين للقانون في الشرائع القديمة، أما الآن فيعتبران (مع تحفظ بالنسبة للقضاء) مصدرا تفسيريا له.

ومع تقدم المجتمعات الحديثة وزيادة العلاقات الاجتماعية فيها، نتيجة لإطراد مطالب الحياة وتنوعها وتشعبها، أصبح التشريع هو الوسيلة الأكثر يسراً والأسرع في إنشاء القاعدة القانونية، وترتب على ذلك أن أصبح له الصدارة بالنسبة لغيره من المصادر الرسمية.

١٠٦- المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية:

تختلف المصادر الرسمية تبعاً لإختلاف مركزها، فما يأتي منها في الصادرة يطلق عليه إسم المصادر الأصلية، وما يليها في المرتبة يسمى بالمصادر الاحتياطية.

وقد رتب المشرع المصري المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدني، ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقي فروع القانون الخامس، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترقبياً عاماً يراعى أيضاً بالنسبة لهذه الفروع.

وتنص المادة السالفة الذكر على أنه: ١٠٦- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد الحالة.

ومعنى ورود المصادر الرسمية للقانون في هذه المادة على هذا النحو التنازلي، أن يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي الذي يتعين على القاضي الالتجاء إليه أولاً، وألا يعدل عنه إلى غيره إلا إذا سكّت عن معالجة

موضوع معين أو أحوال في شأنه إلى مصدر آخر، أو بعبارة أخرى يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي، أما ما عداه فمصادر احتياطية لا يرجع إليها القاضي إلا إذا أعوزه في التشريع الحكم الواجب التطبيق.

غير أنه لما كان القانون المدني، كما سبق أن ذكرنا، لا يتعرض بالتنظيم إلا للمعاملات المالية، ويترك مسائل الأموال الشخصية لأحكام الدين والملة، فإن المصادر الرسمية في هذه المسائل هي التشريع والدين. وإذا كانت معظم أحكام التشريع في هذا الخصوص مستمدة من الدين وعلى الأخص من الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا لا يعطى تقديم الدين على التشريع في الترتيب، بل يتعين على القاضي حتى في مسائل الأحوال الشخصية الرجوع إلى التشريع أولاً، فإن لم يجد فيه حلاً للنزاع المعروض عليه، رجع إلى الدين. ولا يقصد بالدين هنا الدين الإسلامي فحسب، بل يقصد به كذلك الأديان السماوية الأخرى وهي المسيحية واليهودية.

هذا فيما يتعلق بالقانون المصري، أما القانون اللبناني فقد جاء حلواً من نص يحدد ويرتب المصادر الرسمية، وإن كان يمكن القول بصفة عامة أن الترتيب المعمول به في القانون المصري، من الممكن الأخذ به في قانون اللبناني كذلك.

ففي مسائل المعاملات المالية يأتي التشريع في الصدارة كمصدر أصلي، ثم يليه العرف كمصدر احتياطي، فإن لم يجد القاضي حلاً في التشريع أو العرف، تعين عليه اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العادة.

أما مبادئ الشريعة الإسلامية التي تلي العرف كمصدر احتياطي في القانون المصري، فلا يؤخذ بها في القانون اللبناني لعدم ورود نص

خامس في شأنها.

وفي مسائل الأحوال الشخصية تكون المصادر الرسمية على الترتيب هي التشريع والدين كما في القانون المصري. ويقصد بالدين الأديان السماوية المعترف بها كما في ذلك القانون أيضا، أي الإسلام والمسيحية واليهودية.

١٠٢- تقسيم:

سنبحث في دراستنا لمصادر القانون، البحث في المصادر الرسمية أولا، والكلام في المصادر التفسيرية ثانيا.

الفرع الأول

المصادر الرسمية

١٠٣- بيان هذه المصادر

وأبنا أن المصادر الرسمية تنقسم إلى مصادر أصلية وأخرى احتياطية. وعلى هذا سنبدأ بدراسة المصدر الأصلي وهو التشريع، ثم نعرض بعد ذلك للمصادر الاحتياطية وهي الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، ولعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية، وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العالة.

البحث الأول

المصدر الأصلي

التشريع

La législation

١٠٤- تقسيم

سنناول في دراستنا للتشريع المسائل الآتية: أولا - التعريف

بالتشريع وخصائصه، ثانياً- أنواع التشريع، ثالثاً- من التشريع ونفاذه، رابعاً- القائلين.

المطلب الأول

التعريف بالتشريع وخصائصه

١٠٥- التعريف بالتشريع:

التشريع هو التعبير بواسطة السلطة المختصة عن القواعد القانونية. ويتم هذا التعبير في ألفاظ معينة، ولذا يطلق على القواعد القانونية التي مصورها التشريع اسم القانون المكتوب، لأن معناها مصاغ في قالب مدون مسطور وهو في هذا يفترق عن العرف الذي يطلق عليه اسم القانون غير المكتوب، لأن العرف كما سنرى يستخلص من إتياع وتكرار الجماعة لقاعدة سلوك معينة مع الإعتقاد بلزومها، ولذا غالباً ما يمتريه الغموض ويكتفه الإبهام.

وبجانب المعنى السابق لكلمة التشريع، فقد يقصد به معناه آخر هو مجموعة القواعد القانونية للمنظمة لموضوع ما كتشريع للعمل مثلاً.

١٠٦- مزايا التشريع:

للتشريع مزايا عدة يمكن أجمالها فيما يلي:

أولاً- أن التشريع وهو يرد في نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح، لأن هذه النصوص يتم صياغتها من قبل جماعة متخصصة، وبذلك يسهل التعرف على القاعدة القانونية من قبل الجميع مما يحقق الأمن المدني واستقراره.

ثانياً- أن السهولة التي يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو إلغاءه تمكن الشارع من مواجهة التغييرات الاجتماعية أو الاقتصادية

في الجماعة على نحو يمكن للقانون من القيام بوظيفته الاجتماعية.

ثالثا - أن التشريع يحقق وحدة القانون فيها لأنه يسرى بمفهوم واحد على جميع أبحاثها، بخلاف العرف الذي كثيراً ما يختلف من جهة إلى جهة أخرى في نفس الدولة.

رابعا - أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة الاجتماعية كما يريد الأفراد، بل هو وسيلة لإصلاح الجماعة عن طريق إدخال نظم أو مبادئ يرى المفكرون فيها خيرا وفلاحا لأوطانهم.

١٠٧ - عيوب التشريع،

على الرغم من المزايا السابقة الذكر التي يتمتع بها التشريع ويفضل بها غيره من مصادر القانون، فقد عيب عليه إتصافه بالجمود، لأن سياغته في ألفاظ محددة تقعد به عن التطور ومجاراة التغييرات الحادثة في الجماعة، وفي هذا يبرز العرف، إذ بفضل مرونته وتبعه من حاجات الجماعة، فإنه يسهل مسايرته للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي قد تطرأ عليها.

كذلك عيب على التشريع أنه قد يأتي غير ملائم لظروف الجماعة وخصائصها، لأنه من عمل سلطة مختصة قد ترى فرصه على الجماعة.

غير أن أوجه النقد هذه تضاءل في الواقع إذا تذكرنا السهولة التي يصدر بها التشريع لمواجهة حاجات المجتمع ومتغيراته الاجتماعية والاقتصادية، وأن صدور تشريع مخالف لما تستشعره الجماعة أمر نادر الحدوث.

المطلب الثاني

أنواع التشريع

١٠٨- تدرج التشريعات من حيث القوة،

هناك ثلاثة أنواع من التشريعات تدرج من حيث القوة، فيأتي في القمة التشريع الأساسي أي الدستور، ثم يليه في المرتبة التشريع العادي أي التشريع الرئيسي، وفي النهاية يأتي التشريع الفرعي.

وهذا التدرج في القوة تترتب عليه نتيجة هامة هي وجوب عدم مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلي، فلا يجوز أن يصدر التشريع العادي مخالفاً لتشريع الأساسي، ولا يجوز أن يأتي التشريع الفرعي مخالفاً لتشريع العادي أو للتشريع الأساسي، فلما حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب بطبيعة الحال تغليب التشريع الأعلى، والسلطة المختصة بمراقبة صحة التشريعات من حيث الشكل والموضوع هي السلطة القضائية.

١٠٩- التشريع الأساسي،

التشريع الأساسي للدولة هو الدستور، والدستور كلمة فارسية معناها الأساس أو القاعدة.

والدستور في أساس كل السلطات، وإليه تستند الهيئات العامة، ويمتاز عن بقية أنواع التشريع بأنه يصدر من سلطة مغايرة للسلطة التشريعية العادية. فقد يكون الدستور منحة من الحاكم، وقد يتم عن طريق إنتفاخ الحاكم والشعب أي يتم في شكل عقد بينهما، وقد تصنعه جمعية وطنية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض، وقد يضعه الشعب نفسه

عن طريق الاستفتاء، أخيراً قد ينشأ للدستور بحكم العادة والتقاليد ويكتسب قوته الإلزامية بحكم العرف كالدستور الإنجليزي.

هذا عن طريقة نشأة الدستور، أما عن طريقة تعديله فننقسم السانير في هذا الشأن إلى قسمين: دساتير مرنة ودساتير جامدة.

والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله عن طريق التشريع العادي الذي تصدره السلطة التشريعية، كالدستور الانجليزي.

والدستور الجامد هو الذي يتعين لإمكان تعديله إتباع إجراءات معينة لا تتبع بالنسبة للعادي للتشريع كالدستور المصري والدستور اللبناني. وجمود للدستور يجنبه كثرة التعديلات ويكفل له الثبات والاستقرار.

١١٠- التشريع الرئيسي،

التشريع الرئيسي أو التشريع العادي هو الذي تمنحه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها للمبين في الدستور. ويطلق على التشريع العادي اسم القانون (La Loi)، ويقصد بكلمة القانون هنا مجموعة القواعد التشريعية التي تضعها الهيئة النيابية. وسنتناول فيما بعد كيفية سن القانون أي التشريع العادي.

١١١- التشريع الفرعي،

التشريع الفرعي هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بمنحصى الإختصاص المخول لها في هذا الشأن في الدستور في حالات معينة. وهذا الإختصاص التشريعي - الذي يخرج بالسلطة التنفيذية عن

مهمتها الأصلية وهي تنفيذ القانون - يعتبر إختصاصاً أصلياً تمارسه في الحالات المنصوص عليها في الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية. ويطلق على هذا النوع من التشريع في مصر اسم اللائحة. أما في لبنان فيطلق عليهم اسم مراسم تنظيمية أو مراسم عامة أو أنظمة ادارية.

واللوائح على أنواع ثلاثة هي: لوائح تنفيذية، ولوائح تنظيمية، ولوائح ضبط.

فأما اللوائح التنفيذية فهي ما تبنيه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن القانون العادي كثيراً ما يقتصر على القواعد العامة، ويترك النواحي التفصيلية التي تفتتقها التطبيق للسلطة التنفيذية، لأنها أقدر على تعرفها بحكم اتصالها بالجمهور من السلطة التشريعية.

وإذا كان الغرض من اللائحة التنفيذية هو تنفيذ القانون، فيجب بطبيعة الحال ألا تتضمن تعديلاً أو إلغاء لقاعدة فيه.

أما اللوائح التنظيمية فهي التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح والهيئات العامة بحكم اختصاصها في إدارة هذه المصالح والهيئات.

أما لوائح الضبط فهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفالة للسكينة وجماعة الصحة العامة كلوائح المرور المنظمة للمحال المعقوفة للراحة أو الضارة بالصحة.

المطلب الثالث

سن التشريع ونفاذه

١١٢- سن التشريع:

نقتصر هنا في الكلام على دراسة التشريع العادي الذي تختص بوضعه السلطة التشريعية.

ويحتاج من التشريع لمرحل عدة هي:

أولاً - إقتراح التشريع، وإقتراح التشريع بمعنى عرضه على الهيئة النيابية حق لرئيس الجمهورية ولأي عضو من أعضاء المجلس النيابي.

ثانياً - التصويت على التشريع، ويتم هذا التصويت بعد مناقشة المجلس لمشروع القانون. ولا يجوز للمجلس النيابي إتخاذ قرار في شأن مشروع القانون إلا إذا حضر الجلسة أغلبية الأعضاء. والأصل أن يصدر قرار المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين إلا إذا اشترط في موضوع معين أغلبية خاصة ويدهي أنه عند تعادل الأصوات يعتبر المشروع مرفوضاً.

ثالثاً - عدم إعتراض رئيس الجمهورية، ذلك أن لرئيس الجمهورية حق الإعتراض على مشروعات القوانين التي يقرها المجلس النيابي، والغرض من هذا الإعتراض هو حمل المجلس على مراجعة قراره والعدول عن مشروع القانون.

رابعاً - إعتراض رئيس الجمهورية يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوماً من

تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون إلى المجلس قبل نفاذ هذا الميعاد أو رده في خلاله وأقره المجلس مرة أخرى، بموافقة ثلثي أعضائه وفقاً للدستور المصري^(١)، أو بموافقة أغلبية أعضائه وفقاً للدستور اللبناني^(٢)، اعتبر قانونياً وأصدر.

هذا ويلاحظ أنه إذا كان الأصل أن إختصاص سن التشريع العلى هو من حق السلطة التشريعية، إلا أنه في حالات إستثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذا العمل. وهذه الحالات هي: حالة الضرورة، وحالة التفويض، وحالة الإستعجال في الدستور اللبناني دون الدستور المصري.

١١٣- حالة الضرورة:

عرض الدستور المصري في المادة ١٤٧ منه لسلطة رئيس الجمهورية في سن القوانين أى للتشريعات العانية في حالة غياب المجلس النيابى أما بسبب حله أو بين أدواره لتعاقده، فقرر أنه: إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدبير لا يحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة للقانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض فى أول إجتماع له فى حالة العلة له، وقف جلساته. فإذا لم تعد ضر، زال بأثر رجعى ما كان،

(١) راجع للمادتين ١١٢ و١١٣ من الدستور المصري (١٩٧١).

(٢) راجع المادة ٥٧ من الدستور اللبناني.

لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك. وإذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفكرة السابقة أو تصوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

والسلطة التي يولها رئيس الجمهورية في هذا الشأن سلطة مفيدة لأنه بتولاها باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية، ولذا لا يجوز له مباشرتها إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك في غيبة المجلس النيابي، كما أنه يتعين عرض القرارات الصادرة على المجلس لأقرارها في أقرب فرصة على التفصيل السابق الذكر، ولذا تسمى هذه التشريعات بتشريعات الضرورة.

وإذا كان الدستور اللبناني لم ينص على هذه الحالة، إلا أن الفقه يتجه إلى إمكان صدور مراسيم لها قوة القانون في حالة غياب مجلس النواب إذا جد من الأمور ما لا يحتمل التأخير.

١١٤- حالة التفويض:

قد تدعو الحاجة أو المصلحة إلى قيام المجلس النيابي بتفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين في مسائل معينة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لفرض الضرائب أو الرسوم، إذ قد تقتضي المصلحة كتمان تفاصيلها لمنع التهريب منها.

وقد نعرض الدستور المصري في المادة ١٠٨ منه لهذه الحالة فقرر أنه لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون. ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين

فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها.

يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

وظاهر من هذا النص أن المشرع حرص على إحاطة تفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين بقيود عدة هي: (١) أن هذا التفويض لا يكون إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. (٢) أن يصدر التفويض من مجلس بأغلبية ثلثي أعضائه لا بأغلبية ثلثي الحاضرين. (٣) أن يكون التفويض لمدة محددة. (٤) أن يتضمن التفويض بيان الموضوعات التي يتم التفويض في شأنها والأسس التي تراعى عند إصدار القرارات فيها. (٥) أن تعرض على المجلس في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فإن لم تعرض أو لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون.

إذا كان الدستور اللبناني لم يتضمن نصاً في شأن التفويض. إلا أن العرف قد جرى على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في إصدار مراسيم تسمى بالمراسيم الاشتراعية لمواجهة حالة استثنائية عاجلة.

١١٥- حالة الاستعجال في القانون اللبناني؛

تأمر المادة ٥٨ من الدستور اللبناني على أن «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك برسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضي أربعين يوماً من طرحه على

المجلس دون أن يبت به أن يصدر مرسوماً قاصياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء.

ويظهر أن هذا النص قد جاء مخالفاً للأوضاع الدستورية السائدة، لأنه يعطي السلطة التنفيذية حق نزع التشريع من السلطة التشريعية وهي الأصلية، ولذا فقد إنتقده الفقهاء.

١١٦- نفاذ التشريع:

يتوافر للتشريع أياً كان نوعه وجوده القانوني إذا تم سنه بمعرفة السلطة المختصة. ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني نفاذه. بل لابد لكل يصبح نافذاً من أن يمر بمرحلتين: الأولى مرحلة الإصدار La Promulgation والثانية مرحلة النشر (La Publication).

١١٧- الإصدار:

الإصدار هو شهادة من السلطة التنفيذية بمواد القانون الجديد، وأمر صادر من رئيسها إلى عمالها بتنفيذه كتشريع من فروعيات الدولة. وسلطة إصدار التشريع من اختصاص رئيس الجمهورية.

١١٨- النشر:

النشر عملية الغرض منها تمكين كل فرد من الإطلاع على التشريع. وعملية النشر هذه واجبة بالنسبة لكل أنواع التشريع، سواء أكان تشريعاً أساسياً أم تشريعاً رئيسياً أم تشريعاً فرعياً، حتى يتمكن الناس من العلم به، وإلا يكون في تطبيقه مفاجأة لهم.

والطريقة المعتمدة لإفترض هذا العلم هي نشر التشريع في الجريدة الرسمية للدولة، ولا تغني عن هذه الطريق أية طريقة أخرى كالنشر في الصحف أو بطريق الإذاعة، بل أن العلم بالتشريع لا يغني عن العلم القانوني المستفاد من النشر في الجريدة الرسمية، ولا إستثناء لهذه القاعدة في القانون المصري.

أما في القانون اللبناني فيجوز في حالة الضرورة النشر بوسيلة أخرى من وسائل الإعلام الأخرى (١).

هذا ويجب نشر التشريع في خلال مدة معينة مع تحديد ميعاد نفاذه، وإلى هذا أشارت المادة ١٨٨ من الدستور المصري بقولها «تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصطلحها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر».

أي أن مدة الشهر يجوز اطلالها أو تقصيرها، بل إن المصلحة قد تقتضي، أحياناً بالنص على، أن يبدأ نفاذ التشريع من تاريخ نشره.

المطلب الرابع

التقنين

١١٩- المقصود بالتقنين:

تتضمن القوانين التي تضعها السلطة التشريعية إلى نوعين: أحدهما

(١) المادة الأولى، فقرة ثلاثة من المرسوم الاشتراعي رقم ٩ بتاريخ ٢١/١١/١٩٣٩ للمضافة بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٦ بتاريخ ١٣/٤/١٩٣٤.

وهو للغالب فيعرض بالتنظيم لموضوع معين بالذات كقانون أيجار الأماكن، وقانون الإصلاح الزراعي مثلاً، وثانيهما يتناول فرعاً معيناً من فروع القانون، يقوم المشرع بتجميع قواعده وترتيبها في أبواب وفصول ... الخ ويطلق على هذا التجميع اسم التقنين، كالتقنين المدني والتقنين التجاري مثلاً. وقد كان يطلق على هذا التجميع قديماً اسم المجموعة، ويقترح المجمع للفنرى في مصر إطلاق اسم المدونة عليه.

وعلى ذلك يمكن تعريف التقنين بأنه تجميع رسمي للقواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون. وإذا قلنا تجميع رسمي فمعنى ذلك نقي صفة التقنين عن كل تجميع غير رسمي يقوم به أحد الفقهاء.

١٢٠- مزايا التقنين:

لما كان التقنين صورة من صور التشريع فإنه يتمتع بالتالي بكافة المزايا التي يحققها التشريع والسابق الإشارة إليها.

إلا أنه بجانب هذه المزايا المشتركة بين التقنين وأي تشريع آخر، فإن للتقنين مزايا أخرى خاصة، على أهمها: عدم القابلية بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة، من ذلك تناوّل احتمالات التضارب أو التعارض أو التكرار بين القواعد القانونية المتعلقة بفرع القانون الذي يضمه التقنين، وهو ما قد يحدث عندما تفرق القواعد القانونية في قوانين متعددة تتناول موضوعاً واحداً، ومنها السهولة التي يوفرها للباحث عند الرجوع إليه لمعرفة حكم أو قاعدة معينة، فالتجميع يعني الباحث عن الرجوع إلى تشريعات متعددة متناثرة يتطلب البحث فيها جهداً وقتاً طويلاً، أحياناً وليس آخره فإن التقنين يساهم على حركية توحسب

النظم القانونية بين الدول التي تجمعها روابط مشتركة كروابط الأصل واللغة والدين والتاريخ، من ذلك ما حدث بعد وضع التقنين المدني المصري من تماثل رتشايه بين أحكامه وبين تقنيات كل من سوريا والعراق وليبيا والسودان في هذا الموضع.

١٢١- صوب التقنين،

أخذ البعض الفقهاء على التقنين أنه يؤدي إلى الجمود والفعود عن ملاحقة التطور، لأن الجهد الكبير المبذول في وضعه يؤدي إلى إحاطته بنوع من القدسية والمهابة تحول دون المساس به سواء بالتعديل أو التغيير إلا عند الضرورة القصوى، وهو ما إستشعره الشراح في فرنسا بعد وضع التقنيات الفرنسية المعروفة باسم مجموعات نابليون، خاصة في السنوات الأولى لذلك. وقد ترتب على هذا النظر أن ظهرت مدرسة الشرح على المدون التي دعت إلى تفسير النصوص تفسيراً لفظياً للوقوف على نية المشرع وقت إعدادها.

وإذا كان البعض من الشرح في ألمانيا قد دعوا إلى محاكاة فرنسا في مضمار التقنين إعجاباً منهم بهذا العمل، إلا أن هذه الدعوة لقيت معارضة شديدة من البعض الآخر وخاصة من العلامة «سافيني» الذي غاب على التقنين اتصافه بالجمود، ودعا إلى مذهب التاريخي، الذي يرى أن القانون ينشأ ويتطور تلقائياً في ضمير الجماعة مع تطور الظروف الاجتماعية المحيطة بها، ولذا كان يرى في العرف المصدر الأصل المعبر عن إرادة الجماعة. وقد ترتب على هذه المعارضة تأخر وضع التقنيات الألمانية حتى مطلع هذا القرن.

وإذا كان في النقد السالف للتقنين نصوبه من الصحة إلا أنه يجب

ألا نغالي فيه، ذلك أن الجهد الضخم للذي يبذل في وضع التقنين وإن كان يوفر له فترة طويلة من البقاء دون حاجة إلى تعديل، إلا أن هذا لا يمنع المشرع من التدخل لسد النقص فيه أو تعديله إذا دعت الحاجة إلى ذلك. وقد تدعو الحاجة إلى استبدال تقنين جديد بتقنين قديم.

كذلك فإن الإعجاب بالتقنين لا يمكن أن ينفك حاداً عن الإجهاد في تفسير تصوره على ضوء الظروف الاجتماعية المستجدة بما يحقق العدالة، وهو ما يوفره للفقهاء متعاوناً في ذلك مع القضاء.

١٢٢- انتشار حركة التقنين:

تربى على صدور التقنينات الفرنسية أن انتشرت حركة التقنين وامتدت إلى دول كثيرة منها مصر ولبنان.

وقد بدأت حركة التقنين في مصر بعد إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٢٥، فوضعت ستة تقنينات نقلت مع شيء من الخلاف عن التقنينات الفرنسية، وهذه هي التقنين المدني، وتقنين المرافعات، والتقنين للتجاري، والتقنين للبحري، وتقنين العقوبات، وتقنين تحقيق الجنايات.

وعندما أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ وضعت لها ستة تقنينات أخرى تكاد تكون مطابقة للتقنينات المختلطة، مع ملاحظة أن مسائل الأحوال الشخصية ظلت بمنزل عن التقنين المدني، ولا تزال حتى الآن.

وقد كشف العمل فيما بعد عن عيوب هذه التقنينات نظراً للمرجحة غير الطبيعية التي اتسم بها وضعها. وكان أول ما نفخ من التقنينات الأهلية هو تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات وتم ذلك في سنة ١٩٠٤، ثم أعيد تنقيح التقنينين مرة أخرى سنة ١٩٣٧ مع تنقيح العقوبات

وتحقيق الجنايات المختلطين وذلك في أعقاب اتفاقية منترو.

ولما ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها للتشريعية والقضائية الكاملة على الأجانب بدأت حركة مراجعة شاملة للتقديرات المصرية، فاستبدل بالتقنين المدني تقنين جديد صدر في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨، كما استبدل بتقنين المرافعات تقنين جديد صدر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٩ ثم أُعيد النظر فيه مرة أخرى وصدر بعد تعديله سنة ١٩٦٨، كذلك صدر في ٢ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تقنين جديد للأجراءات الجنائية، كما صدر قانون الاثبات سنة ١٩٦٨ جمع فيه القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، ولم يمد باقياً من التقديرات القديمة إلا التقنين التجاري والتقنين البحري، وأن كانت محاولة تغييرهما كذلك قد أشرفت على الإنهاء.

وفي لبنان صدرت - بعد انفصالها عن الدولة العثمانية - كثير من القوانين والقرارات التشريعية المستمدة في مجموعها من القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية الحديثة.

فوضع القانون المدني وهو مكون من مجموعتين أحدهما مجموعة القوانين العقارية التي تضم القرارات المحقة بتحديد وتحرير العقارات والسجل العقاري وقانون الملكية العقارية، والآخر قانون الموجبات والعقود.

كذلك صدر قانون التجارة والقانون البحري، وقانون العقوبات، وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقانون أصول المحاكمات المدنية، وجميعها قد أخذت شكل التقديرات عدا مجموعة، القوانين العقارية (١).

(١) جاءت مجموعة القوانين العقارية على هيئة قرارات مستقلة بها -

المبحث الثاني المصادر الاحتياطية

١٢٣- تحديد هذه المصادر:

سبق أن ذكرنا أن المصادر الاحتياطية للقانون هي: الدين في مسائل الأحوال الشخصية، والعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية في القانون المصري، دون القانون اللبناني، وأخيراً مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وسنعرض لكل مصدر من هذه المصادر.

المطلب الأول

الدين

١٢٤- الدين كمصدر رسمي للقانون:

من الأديان ما لا يقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بخالقه، أو علاقته بنفسه، بل يتناول أيضاً علاقته بغيره، أي ينظم معاملاته مع بني جنسه. وهذا تتناول أحكامه بجانب العقائد والعبادات مسائل المعاملات، كالدين الإسلامي والدين اليهودي.

القرار رقم ١٨٦ لسنة ١٩٣٦ بشأن تحديد وتعريف العقارات، والقرار رقم ١٨٨ بشأن إنشاء السجل العقاري، والقرار رقم ١٨٦ بشأن اللبنيسيات المتعلقة بملفوز القرار رقم ١٨٨ المختص بإنشاء السجل العقاري، والقرار رقم ٣٣٣٩ سنة ١٩٣٠، الخاص بقانون الملكية العقارية.

أما الدين المسيحي فقد إتجه أساساً إلى كل ما يتعلق بالمعبدة ولم يتناول من مسائل المعاملات إلا الدكر اليسير، وإذا قام رجاله بوضع ما يسمى «بالقانون الكنسي» لتنظيم مسائل الزواج والميراث وغيرهما من مسائل الأحوال الشخصية، مهتدين في عملهم بروح الديانة المسيحية. وقد كان الفصل في هذه المسائل من إختصاص القضاء الكنسي، واستمر كذلك حتى ضعفت سلطة الكنيسة وقرى سلطان الدولة وأصبح القضاء في جميع هذه الأمور من إختصاص المحاكم المدنية، وهي تطبق قانوناً مستعداً من مبادئ القانون الروماني، وإن ظل للقانون الكنسي أثره فيما يتعلق بأمور الزواج للاعتقاد بأن رباط الزوجية رباط ديني كما هو رباط قانوني.

١٢٥- الدين كمصدر رسمي للقانون في مصر:

ظلت الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الأول للقانون في سائر البلاد العربية حتى عهد قريب. ففي مصر ومنذ الفتح الإسلامي إلى عهد أسرة محمد على كانت الشريعة الخراء هي القانون الواجب التطبيق بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كافة المجالات، ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية وإن خضع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية لقانون ملته.

وقد ساعد على هذا الوضع المرموق للشريعة الإسلامية أنها من ناحية قد تناولت بالتنظيم كافة شئون المعاملات، وأنها من ناحية أخرى لم تعرض لمنافسة أي قانون آخر كالقانون الروماني.

واستمر هذا الوضع المزدهر بالنسبة للشريعة الإسلامية حتى قفل

باب الإجهاد فوقف تطور الشريعة. وإقتصر رجال الفقه على تقليد أئمة المذاهب الأربعة.

وقد أدى هذا الجمود وقصور القواعد السائدة عن مواجهة حاجات العصر ومتطلباته أن بدأ نفوذ القانون الفرنسي ينتشر في مصر، فوضعت بعض التشريعات المستمدة من هذا القانون، كقانون التجارة وبعض قواعد للقانون الجنائي.

ولما أنشئت المحاكم المختلطة في عام ١٨٧٥، ثم المحاكم الأهلية في عام ١٨٨٣، تناجح صدور القوانين الوضعية وهي القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات. وجميع هذه القوانين مستمدة من القانون الفرنسي، ولم تأخذ من الشريعة الإسلامية إلا النذر اليسير من الأحكام في مسائل الشفعة وبيع المريض مريض الموت وللغير وبعض موضوعات البيع والإيجار. وبذلك تبدل موقف الشريعة الإسلامية في هذا المجال من مصدر رسمي إلى مصدر تاريخي لها إستماد منها من قواعد في هذه القلة من المواضيع.

غير أن الشريعة الإسلامية ظلت مصدراً رسمياً بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبعض موضوعات المعاملات المالية التي لم تتعرض لها القوانين السالفة الذكر، وهذه هي مسائل الوقف والهبة والحكر، ولو أنه بعد صدور القانونين الحاليين الذي تناول بالانظيم موضوعي الهبة والحكر، تقلص أيضاً موقف الشريعة كمصدر رسمي بالنسبة لهما كذلك.

وسنعرض فيما يلي بتعريف للمسائل السابقة الذكر، والتي يعتبر للدين حتى الآن مصدراً رسمياً لها في القانون المصري.

١٢٦- مسائل الأحوال الشخصية،

كان تعدد المفصود بإسقاط الأحوال الشخصية، وتعدد ما يدخل فيها من موضوعات مثاراً للخلاف في الفقه والقضاء.

وفد عرضت محكمة النقض في حكم لها سنة ١٩٤٢ لهذا الموضوع^(١)، فقررت أن المفصود بالأحوال الشخصية هو مجموعته من يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتبها القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ثيباً أو يتيماً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها نصراً من نوعته أو جنوناً أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من سببها القانوني. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها يمتثلها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود الذبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فالجاء هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها.

كذلك عرضت لهذا الموضوع المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب.

(١) نفس مدني ٢١ يونيو ١٩٢٤، مجموعة للقواعد القانونية ج ١ ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠.

فقررت المادة ١٣ أنه «تشمل الأحوال الشخصية للمنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالحطبة، الزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالتفقة للاقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني، والولاية والوصاية والقيام والحجر والإذن بالإدارة والخبية، وباعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالتوريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

ونصت المادة ١٤ على أنه تعتبر الولاية من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعبرها كذلك (١)،

١٣٧- الوقف

يقصد بمسائل الوقف تلك التي تتعلق بإنشائه أو بضمعه أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت (م ١/١٦ من قانون نظام القضاء)،

وقد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنيات الأولى خاضعة لتشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين، ولم يتغير الوضع بصدور هذه التقنيات.

غير أن المشرع أصدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ نظم فيه الوقف،

(١) أخذ نص المادتين ١٣ و ٦٤ من اتفاق مرتد في مادته العاشرة.

مستعمدا للقواعد التي وضعها في هذا القانون من الشريعة الإسلامية. فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً لتلك القواعد النظرية. ولكن الشريعة الإسلامية ظلت مع ذلك مصدراً رسمياً إحتياطياً، فيرجع إليها في مسائل التي لم يتناولها التشريع. فقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف. وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الرأي الزاجح من مذهب الإمام أبي حنيفة .

١٢٨- الهبة،

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الوهاب في مال له دون عوض (م ٤٨٦/١ مدني). وقد كانت معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أنها لا تعد كذلك الآن، إذ عني الفقهاء المدني الحالي بإيراد أحكامها كاملة باعتبارها عقداً من العقود المالية. وقد استمد المشرع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية، فأصبحت الشريعة مصدراً تاريخياً لهذه الأحكام.

وما دامت الهبة قد أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية، فلا تعد الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصدراً رسمياً إحتياطياً يلي التشريع مباشرة، وإنما تأتي المرتبة بعد التشريع والعرف.

١٢٩- الميراث والوصية،

كانت الشريعة الإسلامية ولا تزال هي القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالميراث والوصية بالنسبة للمصريين جميعاً من مسلمين وغير المسلمين. ولكن يباح لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في هذا الشأن بشرطين: الأول هو إتحاد الخصوم في الدين والملة، والثاني

هو إتفاق ذوي الشأن للذين يعتبرون وريثة في نظر الشريعة الإسلامية على
الخنوع لتشريعاتهم الدينية.

وقد أصدر المشرع في هذا المعنى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان
القانون الموجب التطبيق في مسائل الموارث والوصايا، فنص في مادته
الوحيدة على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما
هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا، على أنه إذا كان للمورث غير
مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن
يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى».

وقد أصدر المشرع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث،
والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية، واستمد أحكامها من الشريعة
الإسلامية، وعلى هذا النحو أصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً
للقواعد التشريعية، ولكنها ظلت مصدراً رسمياً إحتياطياً يرجع إليه في
المسائل التي ليس لها حكم في هذين التشريعين.

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة هي مسائل الميراث والوصية هي
هذان القانونان وما يكملهما من أحكام الشرعية العامة في مسائل الميراث
والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية وهذا هو المعنى الذي أشار إليه لقانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بقوله إن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة
الإسلامية فيهما هو قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا».

والى هذا المعنى كذلك أشارت المادتان ١/٨٧٥ و ٩١٥ من قانون
المعنى المصري.

١٢٠- مسائل الأهلية والولاية على المال:

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية. أما الولاية على المال فيقصد بها النظم التي ترمى إلى حماية غير كامل الأهلية حيث ينولي شخص آخر كالأب أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات القانونية نيابة عن غير كامل الأهلية.

وكانت المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التي يرجع في شأنها إلى القواعد الدينية الخاصة بالشخص، فالمسلمون يخضعون للشرعة الإسلامية، وغير المسلمين لقرائعهم الدينية.

غير أن المشرع تدخل فوحد الأحكام الخاصة بالأهلية والخاصة بالولاية على المال بالنسبة لجميع المصريين، فأصدر قانون المجالس احسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥، ثم استبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية، ثم استبدل بهذا القانون الأخير رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، هذا بالإضافة إلى القواعد التي قررها المشرع في هذا الخصوص في التقنين المدني الحالي.

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية من الشريعة الإسلامية، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً لهذه القواعد. كما تعتبر كذلك مصدراً رسمياً إحتياطياً يلى التشريع في المسائل التي قد لا يوجد بشأنها قاعدة في التشريع، وذلك بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء.

١٢١- المسائل المتعلقة بالأسرة:

يعتبر من المسائل المتعلقة بالأسرة الخطبة، والزواج، وحقوق

التزوجين المتبادنة، والطلاق، والحضانة والنفقة، وقد تركت هذه المسائل عند الإصلاح القضائي أي عند وضع التدفيزات للمصرية خاضعة لتشرائع الدينية. فبالنسبة للمسلمين يرجع إلى الشريعة الإسلامية. أما بالنسبة لغير المسلمين فيجب أن نفرق في شأنهم بين فرعين:

الأول، عندما يتحد الخصوم في الديانة والملة، وعندئذ يرجع إلى القواعد الدينية في دينهم أو ملتهم، ولا يجوز لهم أن يحكموا إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هي الشريعة الإسلامية.

الثاني، عندما يختلف الخصوم في الديانة والملة، وعندئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية وجبراً.

وقد أصدر المشرع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٩ وضعها أحكاماً تنطبق ببعض المسائل الخاصة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق، فأصبح المصدر الرسمي لهذه القواعد هو التشريع، وأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً أو تاريخياً لها، ولكنها طلت مع ذلك مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في الحالات التي لا يوجد بشأنها قاعدة تشريعية.

والحكم السابق يسرى كذلك على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم في الدين أو الملة.

وما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة فلا يوجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية في المسائل المتعلقة بالأسرة، وعلى ذلك فهم يخضعون في هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم.

هذا هو الدور الذي في مصر باعتباره مصدراً رسمياً إلى التشريع مباشرة (١). وسنرى فيما بعد أن «مبادئ الشريعة الإسلامية» تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً إلى العرف في الترتيب في غير مسائل الأحوال الشخصية.

١٣٢- الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان،

اختلف مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان، ومر بأدوار متعددة يمكن إيجازها فيما يلي:

الدور الأول، وبدأ بالفتح الإسلامي حتى صدور التكتينات العثمانية في أواسط القرن الماضي. وفي هذه الفترة كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون اللبناني بصفة عامة، إذ كانت أحكامها هي السارية بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كافة المسائل ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، وأن استثنى غير المسلمين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التي تركت لأشرائعهم الدينية.

الدور الثاني وبدأ بصدور التكتينات العثمانية حتى عهد الإنتداب الفرنسي وفي هذه الفترة أصبحت الشريعة الإسلامية بالنسبة للموضوعات التي تناولتها هذه التكتينات مصدراً تاريخياً بعد أن كانت مصدراً رسمياً لها.

(١) تشكلت في مصر عدة لجان لوضع قانون موحد للأحوال الشخصية لجميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين، والامل كبير أن تنتهي هذه اللجان من عملها قريب حتى يتم توحيد قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعاً كما نرجو القضاء.

غير أن الشريعة الإسلامية ظلت مصدراً رسمياً بالنسبة لوعين من المسائل أغفلت هذه التقنيات تنظيمها، وهذه هي مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف، مع التحفظ الخاص بتغير المسلمين إذ كانوا يخصصون في مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية.

الدور الثالث ويبدأ من عهد الإنتداب الفرنسي حتى عهد الاستقلال، وفي هذه الفترة تمت الأمور الآتية:

أولاً - فقدت المحاكم الشرعية ما كان لها من ولاية عامة في مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف، وبذلك زال ما كان لها من اختصاص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين إذا اختلفوا على أو تراضوا على قبول اختصاصها.

ثانياً - قسم المسلمون إلى طوائف مستقلة مما يستتبع تعدد المحاكم وتعدد القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية. فقد قسمت المحاكم الشرعية الأصلية إلى نوعين، هما للمحاكم السنية بالنسبة لأهل السنة، والمحاكم الجعفرية بالنسبة لأهل الشيعة، وقامت إلى جوارها محاكم أخرى هي المحاكم الدرزية بالنسبة إلى الدرزيين.

ثالثاً - بدأت في هذه الفترة «علمنة القانون» في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فصدرت تشريعات علمانية أي مدنية أي غير مستمدة مباشرة من الدين، كقانون الوصية لغير المسلمين الصادر في آذار سنة ١٩٢٩.

الدور الرابع ويبدأ من عهد الاستقلال، وقد نميز بتأكيد أمرين:
الأول - عدم التمييز بين المحاكم الشرعية وغيرها من المحاكم

المذهبية لغير المسلمين (قانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر في ١٦ تموز سنة ١٩٦٢).

لثاني - الإستعمار في سياسة علمانية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، من ذلك قانون ٢ نيسان سنة ١٩٥١ الخاص بتحديد صلاحيات المراجع للمذهبية المسيحية والإسرائيلية، وقانون الإرث لغير المحمدين الصادر في ٢٢ حزيران سنة ١٩٥٩ .

المطلب الثاني

العرف

La Coutume

٩٢٢ - مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر:

العرف أقدم مصادر القانون، ففي الجماعات الأولى، وقبل نشوء الدولة، وجود هيئة تشريعية، أضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف، إلى إيجاد قواعد تسد مطالبهم الاقتصادية وحاجياتهم الاجتماعية ومشاربهم الخلقية، وما القوانين القديمة المكتوبة الصادرة من الحكام أي للقواعد القانونية التشريعية، التي يحدثنا عنها التاريخ كقانون حمورابي سنة ٢٠٠٠ قبل الميلاد والأنواع الاثني عشر الرومانية المعروفة، إلا مجرد تدوين للقواعد العرفية التي كان معمولاً بها.

ولما تقدمت الجماعة وتطورت ظهر بجانب العرف مصادر أخرى، وهي الدين ثم للتشريع الذي يحتل الآن مكان الصدارة بالنسبة لجميع المصادر على ما سبق أن بينا.

والعرف يتشأ إذا خط الناس لأنفسهم سنة معينة أو قاعدة معينة لتنظيم روابطهم الاجتماعية أو الاقتصادية، ولطرد اتباع هذه القاعدة، وثبتت، يتفادى، وعم وانتشر تحت ضغط الحاجة والعيل إلى المؤلف وحب التقليد، وقام فى ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة .

١٢٤- مزايا العرف وعيوبه:

إذا كان للعرف ميزة الإتيان من طرف الجماعة الاقتصادية والاجتماعية، بحيث تأتى قواعده ملية لإحتياجاتها ومتطلباتها، على عكس التشريع الذى قد يفرض على الجماعة على ما سبق أن رأينا.

وإذا كان للعرف ميزة التطور بتطور شتى الظروف المحيطة بالجماعة، بخلاف التشريع الذى يفرض عليه نموده المكتوبة نوعاً من الجمود، فإن العرف لا يخلو مع ذلك من العيوب.

فقد عيب على العرف أنه طريقة بطيئة لتطوير القانون، لأنه يؤخذ من إعتياد الجماعة على سنة معينة، والإعتياد يحتاج إلى زمن طويل حتى يتوافر لقاعدة العرفية الثبات والاستقرار، فى حين أن الحياة فى عصرنا هذا لا تتحمل مثل هذا البطء، ولذا كان التشريع أجدى وأسرع منه فى تبية ما يجد من حاجات المجتمع .

كذلك أخذ على العرف، وهو قانون غير مكتوب، ما قد يحثيه من غموض وإبهام، بعكس التشريع، فإن صياغته فى نصوص مكتوبة محكمة تصفى عليه الكثير من الغموض .

على أن هذه العيوب التى للعرف لا تقدر من أهميته كمصدر

إحتياطى من مصادر القانون بجانب التشريع .

هذا وستناول فى دراستنا للعرف الكلام : أولاً - فى تعريفه وشروطه .
وثانياً - فى مركزه بالنسبة إلى التشريع .

١ - التعريف بالعرف وشروطه

١٢٥ - التعريف :

العرف هو مجموعة القواعد التى كونتها العاجات الإجتماعية على مر الزمن وفلارتنتها الأجيال ، واعتقد الناس وجوب إتباعها ، والتمرض للجزاء عند مخالفتها . ويستبين من هذا التعريف الشروط اللازمة لتكوين لقاعدة العرفية .

١٢٦ - شروط العرف :

إننا حالنا للتعريف السابق للذكر لوجدنا أن العرف يتكون من عنصرين أو ركنين : أحدهما مادى وهو إبطراد العمل بسنة معينة والإعتياد عليها ، والآخر معنوى وهو الإعتقاد فى لزوم هذه السنة وعدم جواز الخروج عليها .

١٢٧ - الركن المادى - الاعتياد على عادة معينة :

يتكون الركن المادى كما سبق أن ذكرنا من إعتياد الناس على سنة معينة أو على قاعدة معينة فى تنظيم شأن من شؤون حياتهم الإجتماعية أو الاقتصادية . ويتم هذا الإعتياد بمعزل عن السلطة الحاكمة وتوجيهاتها ، معنى أن الجماعة تتبع هذه السنة من تلقاء نفسها إما لشعورها بضرورتها

وأما لاستحسانها لها، ولما لمجرد التقليد لغيرها.

ويطلق على هذا الركن اسم العادة (Usage)، فمثلاً جرت العادة في مصر على أن الزوجة المسلمة تستحضر معها الأثاث اللازم لمفزل الزوجية. ويشترط في العادة المكونة للركن للمادى للعرف عدة شروط هي:

أولاً - التقدم: فالعادة يجب أن تكون قديمة، بمعنى أن يكون قد مضى على إتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة، مما يدل على تأصلها في نفس الجماعة. وليس هناك مقياس زمني لتقدير هذه المدة، بل الأمر متروك لتقدير القاضى وفقاً للظروف، فهو الذى يقرر ما إذا كانت العادة قد استقرت بحكم التقدم أم لا.

ثانياً - الثبات: وهو شرط مكمل لشرط التقدم. لأن به تستقر قاعدة عرفية، ويقصد به أن يطرد العمل بالعادة بطريقة منتظمة، فلا يتبعها الناس في وقت ويعدلون عنها في وقت آخر، وتقدير ذلك متروك للقاضى.

ثالثاً - العموم: يشترط في المادة أن تكون عامة أي أن تصرف إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، وهو شرط يجب أن يتوافر في كل قاعدة قانونية لئلا كان مصدرها.

ولا يقصد بالعموم أن تنطبق القاعدة العرفية على جميع أفراد لجماعة أو على كل إقليم الدولة، ذلك أن العرف قد يكون محلياً أى قاصراً على جزء معين من الإقليم، أو طائفياً أو مهنيّاً كالعرف للتجارى والعرف الزراعى.

رابعاً - ألا يتعارض مضمون العادة مع النظام العام أو الآداب، وهذا الشرط من المتصور تطلبه بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو المهني، لأنه لا يجوز أن يكون أي منها مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الجماعة. أما العرف الشامل لكل الناس في كل إقليم فلا يصور أن تتطلب فيه هذا شرط، لأن فكرة النظام العام أو الآداب هي نفسها نابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها وتعنيدها العرف الشامل (١).

١٢٨- الركن المعنوي- الإعتقاد في لزوم العادة:

لكي يقوم العرف يجب أن يتوافر لدى الناس الشعور أن العادة التي جرى على إتباعها ملزمة لهم، وأنها ولجبة الإحترام كالقاعدة التشريعية سواء بمناء، وأنها تخول حقاً يمكن المطالبة به أمام القضاء كحق الزوجة في فرنسا في أن تحمل اسم زوجها.

أي أنه بدوافع الركنين المادي والمعنوي تصبح القاعدة العرفية قاعدة قانونية صادرة ومعبرة عن إرادة الجماعة مباشرة، وينعكس على إقاضي تطبيقها باعتبارها قانوناً.

أما إذا إفتقدت القاعدة أو السنة الركن المعنوي فأنها لا تعتبر عرفاً بل مجرد عادة اتفاقية، ولذا يجب التمييز بينهما.

١٢٩- التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

وأبداً أن العرف يقوم على ركنين هما الركن المادي أي الاعتياد،

(١) لذا نعارض العرف الشامل مع قاعدة تشريعية أمرة، ويجب بطبيعة الحال تفضيل القاعدة التشريعية، لأن العرف وهي أنفي منزلة من التشريع لا يجوز له أن يعارض معها.

والركن المعنوي أى عقيدة الإلزام. أما إذا تخلف هذا الركن الأخير فلا نكون أمام قاعدة عرفية وإنما أمام عادة اتفاقية (Usage conventionnel) وينبئنى على ذلك أن القاعدة العرفية تلزم المتعاقدين ويحعين تطبيقها ولو كانا يجهلاتها فتوافر عنصر الإلزام فيها، مظهرها فى ذلك مثل القاعدة القطرية، فهى تطبق على الأفراد ولو لم يعلموا بها، لأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون.

لما العادة الاتفاقية فلا يعمل بها إلا إذا إتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمناً، أى أن قوتها مستمدة من إتفاق المتعاقدين عليها، ولذا سميت بالعادة الاتفاقية، وينبئنى على ذلك أنه إذا لم يتفق عليها فلا يجوز العمل بها أى لا يجوز تطبيق حكمها. ومن الأمثلة على العادة الاتفاقية العادة الجارية فى مدينة القاهرة من أن المؤجر يتحمل ثمن إستهلاك المياه، بعكس العادة الجارية فى مدينة الاسكندرية من تكفل المستأجر بها. ومن الأمثلة عليها كذلك أنه فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة، تحسب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين وفقاً للعادة الجارية فى كل منطقة.

هذا ويلاحظ أن العرف كما ينشئ قواعد قانونية أمرة لا يجوز استبعاد حكمها أو الإنفاق على ما يخالفها كحق الزوجة فى فرنسا فى حمل إسم زوجها، ينشئ كذلك قواعد قانونية مكملة أو مفسرة كاعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة المسلمة فى مصر. ولما كانت القواعد القانونية المكملة أو المفسرة بجوز الإنفاق على مخالفتها وجب التمييز بينها وبين العادات الاتفاقية.

فالقاعدة المكملة قاعدة قانونية لأنه قد توافر لها عنصر الإلزام.

ولكن لعدم تطبقها بالنظام العام أو الآداب، أجاز المشرع الاتفاق على استبعاد حكمها، أي شرط انطباق القاعدة المكنمة هو عدم وجود اتفاق على ما يخالفها.

أما العادة الاتفاقية وهي لم ترق إلى مرتبة القاعدة القانونية لاختلاف عنصر الإلزام فيها، فلا يعمل بها إلا إذا وافق المتعاملان على ذلك. أي أن شرط انطباق العادة الاتفاقية هو وجود اتفاق صريح أو ضمني يقضى بذلك.

هذا وينبغي مراعاة أن المشرع كثيراً ما يحيل على العادات الاتفاقية، وقد يتجاوز في تسميتها فيطلق عليها اسم العرف، وفي هذه الحالة لا تستمد العادة الاتفاقية قوتها من اتفاق المتعاملين على الأخذ بحكمها، بل تستمد هذه القوة من نص القانون، وفي هذه الحالة تقترب من القاعدة القانونية أمثلة، بمعنى أنها تطبق إذا لم يتفق على استبعاد حكمها، ومن الأمثلة على ذلك ما تقتضيه المادة ٢٣٢ من القانون المدني المصري من أنه «لا يجوز قاضي فواتد على متجمد الفواتد، ولا يجوز في أية حالة أن يكون مجموع الفواتد التي يفتاضها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية».

١٤٠ - نتائج التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية،

ولذا أن العرف يفترق عن العادة الاتفاقية في أنه توافر له جانب الركن المادي أي الإلزام، الركن المعنوي أي الإلزام، في حين أن العادة الاتفاقية لا تتضمن إلا ركن الإلزام فقط. وبعبارة أخرى أن القاعدة العرفية تفترق عن العادة في أنها قاعدة قانونية استكملة كل شروطها.

وينبغي على هذه التفرقة نتائج هامة عدة، نشير منها إلى ما يلي:

أولاً - العلم بالعرف: الحرف كقانون يفترض العلم به، لأن القاعدة - كما سبق أن ذكرنا - أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون، ولذا فهو يطبق على المتقاضين علموا أم جهلوا به.

لما العادة الإتفاقية، فيتعين العلم بها، لأن شرط تطبيقها، كما سبق القول، هو الإتفاق الصريح أو الضمني على الأخذ بحكمها.

ثانياً - إثبات العرف: في كل نزاع يطرح أمام القضاء ثثار مسألتان: مسألة الوقائع، والقاعدة فيها أن على المدعى إثبات دعواه، ومسألة لقانون وتطبيقه على هذه الوقائع والقاعدة فيها أن على القاضي معرفة لقانون ووجوب تطبيقه على الوقائع من تلقاء نفسه أي ولو لم يطلبه الخصوم، سواء في ذلك أكان قانوناً مستمداً من التشريع أم مستمداً من العرف.

وبعبارة أخرى أن القاعدة العرفية بإعتبارها قاعدة قانونية يفترض على القاضي بها، ويتعين عليها تطبيقها ولو لم يتمسك بها الخصوم، ولذا لا يكلف هؤلاء كمبدأ عام بإثباتها.

لما العادة الإتفاقية، فهي من قبيل الوقائع، ولذا يتعين على من يتمسك بها من المتقاضين إثبات وجودها وإثبات الإتفاق على الأخذ بحكمها.

على أنه إذا كان الأصل - كما سبق أن ذكرنا - أن الخصوم لا يكلفون بإثبات القاعدة العرفية لافتراض علم القاضي بها، إلا أنها بإعتبارها قاعدة غير مكتوبة، أي بإعتبارها مجرد معنى يستخلص من إعتياد الجماعة على العمل به كسنة ملزمة، قد يصعب على القاضي الإلمام بها أمامه بأقاعدة لتشريعية لأنها قاعدة مصاغة في قالب مكتوب. ولذا يكون

له، أي للقاضي، أن يطلب من الخصم الذي يدعى وجود القاعدة العرفية إقامة الدليل عليها، كما أن لهذا الخصم أن يجادل بتقديم هذا الدليل ولو لم يطلب منه. وإثبات وجود القاعدة العرفية يكون بطبيعة الحال بكافة طرق الإثبات.

ثالثاً - رقابة محكمة النقض على العرف: العرف بإعتباره قانوناً يخضع القاضي في تطبيقه له لرقابة محكمة النقض (أي محكمة التمييز كما تسمى في لبنان) .

أما العادة الإتفاقية، وهي من قبيل الواقع، كما سبق القول، فلا محقق حتى تقدير قاضي المرحوم لها (قاضي الأساس في لبنان) : أي لالرقابة المحكمة النقض على عمله في هذا الشأن.

٢- مركز العرف بالنسبة إلى التشريع

١٤١- منزلة العرف في القوانين الحديثة،

لم يعد للعرف كمصدر رسمي من مصادر القانون المنزلة التي كانت له قديم في أغلب الدول الحديثة.

فقدما - كما نعلم - كان للعرف مركز الصدارة، بل كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات الأولى، حتى ظهر بجانبه الدين ثم التشريع.

أما الآن فلم يعد للعرف هذه المنزلة بسبب البطء في تطوره، ولصوره عن مواجهة ما يجد من ظروف إجتماعية أو إقتصادية تستدعي سرعة التنظيم، فضلاً عما ينقص فواعده من وضوح ودقة في التحديد.

ولهذا بزه التشريع وأخذ منه مكان للصلاوة.

على أن تأخر العرف في المرتبة لم يفقده أهميته كمصدر احتياطي أو تكميلي بجانب التشريع^(١)، يسد ما فيه من نقص أو يساعد على تحديد مضمونه.

١٤٢- تقسيم:

سنحاول في دراستنا لمركز العرف بالتمسك إلى التشريع البحث في الموضوعات الآتية:

أولاً - نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة من حيث إمكانية إلغاء قاعدة تشريعية أو مخالفتها.

ثانياً - دور العرف للمساعد بجانب التشريع.

ثالثاً - أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة.

١- نتائج تأخر مرتبة العرف عن التشريع

١٤٣- عدم قننة العرف على إلغاء نص تشريعي:

لا يستطيع العرف - كقاعدة عامة - إلغاء نص تشريعي أمر، سواء

(١) يعتبر العرف مصدراً رسمياً تكملياً في القانون المدني كما هو الشأن في القانون السري.

وهو ما يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التجارة المدني.

وجد هذا النص لتأمين مصلحة عامة من مصالح الدولة الأساسية، ثم وجد لحماية مصلحة خاصة، لأن الأمر يتعلق في الفرضين بالنظام معاً.

كذلك لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريعي مكمل لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع، ولا ينص على أن الأدنى يلغى الأعلى. ولكن لعرف يستطيع كما سنرى - مخالفة نص تشريعي مكمل أي مفسر، مثله في ذلك اتفاق المتعاقدين على استبعاد أو مخالفة النص المكمل، دون أن يحمل ذلك محمل القدرة على الإلغاء.

ريؤيد هذا الرأي ما تقضى به المادة الثانية من التقنين المدني المصري من أنه «لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ... الخ».

وقد علفت على ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني بقولها «وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق»^(١).

١٤٤- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي أمر:

كما لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريع أمر لعلقه بالنظام العام، لا يستطيع العرف كذلك أن يجرى على مخالفته، لأن من شروط العرف ألا يعارض مع النظام العام أو الآداب. وهذه - في اعتقادنا - قاعدة مطلقة بالنسبة لكل فرع من فروع القانون، بمعنى أنه لا يجوز أن يجرى

(١) مجلة الاصل، التحضيرية، ج ١، ص ١٩١.

عرف في المسائل المدنية بما يخالف نصاً تشريعياً أمراً من نصوص القانون المدني، ولا أن يجري عرف في المسائل التجارية بما يتعارض مع نص تشريعي أمر من نصوص القانون التجاري^(١).

وما أثار الجدل في هذا الموضوع إلا ما يجري به العرف التجاري من مخالفة لنص قانوني أمر من نصوص القانون المدني، علماً بأن القانون المدني هو الأصل العام بالنسبة للقانون التجاري، أي ما هو الأصل الذي يتعين الرجوع إليه إذا لم يوجد حكم في القانون التجاري، سواء كان حكماً مستمداً من التشريع أم من العرف.

والرأي عندنا أنه إذا كان المبدأ أن القانون المدني هو الشريعة العامة الأساسية التي تحكم معاملات الأفراد، إلا أن القانون التجاري هو الشريعة الخاصة بالنسبة للمعاملات التجارية، وينبغي على ذلك أنه إذا وجد حكم في القانون التجاري سواء كان مصدره التشريع أم العرف، وجب إعمال هذا الحكم ولو تعارض مع نصوص القانون المدني، لأن هذا القانون الأخير لا تثبت له الولاية إلا في حالة قصور أحكام القانون التجاري عن معالجة النزاع المطروح. وهذا ما أخذت به المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري في شأن للفوائد، فقررت أنه لا يجوز نقاضى فوائد على متجمد للفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع للفوائد التي ينقاضها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كـ

(١) هذا هو السني القسود من حكم المادة ١/٤ من قانون الحجرة القبطاني الذي يوجب على القاضي - عند تحديد مفاعيل العمل التجاري - تطبيق العرف ما لم يظهر قصد المتعاقدين إلى مخالفته، بشرط ألا يكون العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية. فالمراد هنا هو النصوص التشريعية الإلزامية أي الأمرة في القانون التجاري.

إخلال بالقواعد والعادات التجارية ، ، بظاهر من هذا النص أن أحكام القانون التجاري للتشريعية أو العرفية في شأن العوائد يعمل بها ولو كانت مخالفة للنصوص القانون المدني .

١٤٥- جواز مخالفة العرف للنصوص المكملة.

القاعدة أن النصوص التشريعية المكملة أو المفسرة إنما وجدت لتكملة ما نقص من شروط العقد عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها، وأنه إذا ظهرت إرادة للمتعاقدين في هذا الشأن وجب الأخذ بها، ولو انتهت هذه الإرادة إلى إسبعاد تطبيق أحكام النصوص المكملة أو مخالفتها.

وإذا كان لأرادة الأفراد الإتفاق على ما يخالف أحكام النصوص المكملة، فيما لا شك فيه أنه يجوز أن يجرى العرف في الجماعة على ما يخالفها. وقد عني المشرع إلى الإشارة إلى ذلك في أكثر من موضوع:

فمثلا تنص المادة ١/٤٥٦ مدني بأنه ، يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يحد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .
فهذه المادة وغيرها تشير صراحة إلى جواز مخالفة العرف للنص من النصوص التشريعية المكملة .

ب- دور العرف بجانب التشريع

١٤٦- تحديد دور العرف كمصدر تكميلي:

يقوم العرف بجانب التشريع بدور مساعد يتمثل في تكملة ما نقص من أحكامه، وفي تحديد وإيضاح ما أجمل منها، وعلى هذا سقتكم في العرف المكمل للتشريع ثم في العرف المعاون له.

١٤٧- العرف المكمل للتشريع:

يعتبر العرف مصدراً احتياطياً للتشريع يلجأ إليه القاضى إذا أعوزه النص، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى بقولها «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف ... الخ» .

وقد علفت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى على هذا الحكم، فقررت والواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى للتشريع المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إذا افتقد النص ... فالعرف هو مصدر الشعبى الأصول الذى يتصل إتصلاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر وسائلها الفعلية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيطاً إلى جانب التشريع مصدراً تكملياً خصباً لا ينفك إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى ومائت فروع القانون الخاص والعام على السواء (١).

(١) مجرعة الاعمال التجارية، ج١، ص ١٨٧ و١٨٨ .

١٤٨- العرف المعاين للتشريع:

قد يلجأ المشرع إلى العرف لتحديد أو إيضاح مضمون قاعدة تشريعية يصعب على الصياغة القانونية الإيضاح بها، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة، نكتفي هنا بالإشارة إلى بعض منها، من ذلك:

ما تنص عليه المادة ١٤٨/٢ من القانون المدني المصري من أنه «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما رزد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» .

فمثلاً جرى العرف في شأن التعامل في بعض المحلات لعامة كالكافيات والمقاهي والمطاعم من إضافة نسبة مئوية إلى قائمة للحساب مقابل الخدمة، فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له .

وما تنص به المادة ١٥٠/٢ من هذا القانون من أنه «إذا كان هناك مثل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية للشركة المتعاقدين دون توقيف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات» .

والإشارة هنا إلى عرف التعامل، راجع إلى افتراض علم المتعاقدين به، وأن في السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على إنصراف نيتيهما إلى العمل بمقتضاه .

ج- أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

١٤٩- اختلاف أثر العرف باختلاف فروع القانون:

يختلف أثر العرف في تكوين القواعد القانونية باختلاف فروع القانون على ما سنرى.

١٥٠- أثر العرف في القانون الدستوري:

يختلف أثر العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول. ففي إنجلترا كان للعرف العظمى الأثر في تكوين القواعد الدستورية، وإن بدأ التشريع بأخذ مكانه بجانبه كمصدر للدستور الإنجليزي في الوقت الحاضر.

وإذا كانت القاعدة أنه بجانب كل دستور عرفي، توجد قواعد دستورية مكتوبة، وأنه بجانب كل دستور مكتوب، توجد قواعد دستورية عرفية، فإنه بالتطبيق لهذه القاعدة نجد في كل من الدستورين المصري والبناني، وكلاهما دستور مكتوب، نجد قواعد دستورية عرفية، من ذلك: ما جرى عليه العرف في مصر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ من تقرير حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح المنظم، ما جرى به العرف في لبنان من نفيض مجلس النواب للحكومة في إصدار مراسيم اشتراعية في مسائل محددة ولمدة معينة.

١٥١- أثر العرف في القانون الإداري:

يقوم العرف في نطاق القانون الإداري بسد النقص في القواعد التشريعية، وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري المصرية أن «لعرف الإداري الذي يستقر العمل عليه وإلطرده، هو بمثابة القاعدة التنظيمية

المقررة، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع، مما تجوز للرخدة عليه، تلك أن المخالفة القانونية لا تقتصر، كما تقول محكمة انقضاء الإداري، على مخالفة نص في القانون أو لائحة، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة^(١).

١٥٢- أثر العرف في القانون الدولي العام:

يقوم العرف بدور هام في تكوين قواعد القانون الدولي العام نظراً لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع أحكام هذا القانون كما هو الحال بالنسبة إلى القانون الداخلي. ولذا فإن الكثير من المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي العام إنما مردها السنة المطردة التي إتبعها الدول في تنظيم علاقاتها.

١٥٣- أثر العرف في القانون الجنائي:

لما كانت القاعدة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي، إنعدم أثر العرف كمصدر لهذا القانون. والحكمة من تقرير القاعدة السابقة هو ضمان حرية الأفراد.

١٥٤- أثر العرف في القانون المدني:

نظراً لغزارة القواعد التشريعية في القانون المدني، وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه، لم يعد للعرف إلا دوراً مقواضعاً في مجال هذا

(١) محكمة انقضاء الإداري بمجلس الدولة في ١ مايو سنة ١٩٥٠، المحاماة ٣٦-٢٣٥-٧٢.

القانون. ومع ذلك فقد رأينا أن المشرع كثيراً ما يحيل إلى العرف في الكثير من النصوص، كما أن من أحكام هذا القانون ما ينبع من العرف، كالقريفة العرفية التي تفترض ملكية الزوجة المسلمة لأثاث المنزل في مصر.

١٥٥- أثر العرف في القانون التجاري:

يقوم العرف بدور هام في مجال القانون التجاري لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتدفع أنواع التجارة من ناحية أخرى. كما أن المشرع قد يقد قسداً عن تنظيم بعض المسائل التجارية، فاركأ إياها للعرف، باعتباره أقدر على مواجهتها.

ومن الأمثلة على القواعد العرفية في مجال القانون التجاري إنقراض التضمن بين المدينين، بحيث يستطيع الدائن أن يحصل على كل دينه من أي واحد منهم، في حين أن للتضمن لا يفترض في القانون المدني، بل يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون (م ١/٢٤ موجبات و ٢٧٩ مدني). ومن الأمثلة عليها كذلك جواز تقاضي فوائد على منجمد الفوائد، أو تقاضي فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال، وهو ما تحرمة النصوص التشريعية في القانون المدني المصري (م ٢٣٧).

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

١٥٦ - اختلاف الوضع في مجال الأحوال الشخصية عنه في مسائل المعاملات؛

رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً في مسائل الأحوال الشخصية بجانب التشريع، بل إن الجانب الأكبر من هذه المسائل لا يزال خاضعاً في تنظيمه لأحكام الدين، وأكثر من ذلك فإن النصوص التشريعية التي نظمت بعض مسائل الأحوال الشخصية قد استمدت أحكامها من الدين، وعلى الأخص من الشريعة الإسلامية، وهو ما حمل فريقاً من الفقهاء إلى اعتبار الدين مصدراً رسمياً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية (١).

ويقصد بالدين هنا الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وأشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غيرهم، هذا مع ملاحظة أنه في مصر تعتبر الشريعة الإسلامية هي الأصل العام بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين، أي أن رجوع غير المسلمين إليها هو الأصل، وأن الرجوع إلى تدينتهم الخاصة هو الاستثناء.

أما في مسائل المعاملات المالية فإن الشريعة الإسلامية في لقانون المصري فقط - دون القانون اللبناني - تعتبر مصدراً رسمياً إحتياطياً يرجع إليه القاضي بعد العرف.

وقد استحدث المشرع المصري هذا الحكم في القانون المدني (٢/١)

(١) راجع توفيق فرج، الأصول العامة للقانون سنة ١٩٧٢ - ١٩٧٣، ص ٩٧، وحسن كبيرة،

مبادئ القانون سنة ١٩٦٨ بلد ٨٨ وما بعده.

إستجابة منه لأهمية الشريعة الإسلامية ودورها في تكوين قواعد القانون في مصر.

ومن المحقق عليه أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا لمبادئ والأصول العامة التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب آخر من أذهاب الشريعة.

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٥٧- الفرض من الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

نصت المادة الأولى من التفتين المدني في فقرتها الثانية على أنه ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . .

لن أن سلى القاضي ، في النزاع المطروح أمامه ، الرجوع أولاً إلى النص التشريعي ، ولا يجوز له اللجوء عنه بحجة الغموض أو الإبهام ، بل عليه تفسيره وفق القواعد التي وضعها له المشرع .

وإن لم يجد نصاً تشريعياً لجأ إلى العرف ، فإن لم يجد رجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإن لم يجد فلا يجوز له التكول عن القضاء ، لأن نكول القاضي عن القضاء جريمة يعاقب عليها القانون (م ١٢٢ من قانون النفقات المصري و ٣ من قانون أصول المحاكمة المدنية اللبناني) ،

بل يتعين عليه في هذه الحالة الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لإسئام الحكم للواجب للتطبيق.

١٥٨- المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة،

ليس المقصود هنا بالقانون الطبيعي ذلك القانون الأزلي الذي يكشفه العقل البشري والذي يسمو على جميع القوانين الوضعية، والذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان، كما كان يصور في بادئ الأمر.

كذلك ليس المقصود به تلك المثل الأعلى الذي يوجه المشرع فيما يضع من قواعد، مراعيًا فيها حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة، إذ لكل مجتمع مثله الأعلى. أي ليس المقصود به ذلك القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة، الذي تسنده العدالة في التطبيق.

أما المقصود بإحالة المشرع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هو إلزام القاضي في أن يجتهد برأيه في النزاع المطروح أمامه، حتى يقطع عليه سبيل التردد عن القضاء (١). أي أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لا تعني الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن في الإحالة إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، وإنما تعني مطالبة القاضي بالإجتهاد على ضوءها أي على ضوء مبادئ للقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ويتعين على القاضي في إجتهاده هذا أن يراعي الاعتبارات الموضوعية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدني، ج ١، ص ١٨٨.

للعامه، لا الإعتبارات الخاصة الصادرة عن معتقداته الشخصية.

الفرع الثاني

المصادر التفسيرية

١٥٩- المقصود بالتفسير:

معى وجدت القاعدة القانونية، مستقاة من مصدر من المصادر الرسمية التى سبق الكلام فيها، إحتاجت فى تطبيقها على فروض الواقع إلى تفسيرها، والتصور يتناول ما يأتى:

أولاً: تحديد معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، أو وردت بها ألفاظ فى حاجة إلى بيان أو فى حاجة إلى ضبط المراد منها كلفظ لغش أو لفظ سوء الذية .. الخ.

ثانياً: تكميل القاعدة القانونية إذا عابها الإقتصاب والإيجاز.

ثالثاً: رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما، أو بترجيح إحداهما على الأخرى إذا لزم الأمر.

رابعاً: المساهمة فى تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفصيله.

والمصادر التفسيرية فى القوانين الحديثة ومنها القانون المصرى والقانون اللبنانى هما الفقه والقضاء.

١٦٠- الفقه:

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح. وقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدراً رسمياً من مصادر القانون، كما بدلنا على ذلك تاريخ القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية في تطورها حتى قفل باب الاجتهاد وظهور عصر المقلدين.

أما الآن فإن عمل الفقه قاصر على تفسير القواعد القانونية وإرشاد القاضي في تطبيقه للقانون وتوجيه المشرع إلى ما قد يكون في القانون من عيب أو قصور.

١٦١- القضاء:

القضاء هو مجموعة للمبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات لتفصل فيها.

وقد قام القضاء بنفس الدور الذي اضطلع به الفقه قديماً، فكان مصدراً رسمياً للقانون في الشرائع القديمة، ونعول الآن إلى مصدر تفسيري له في معظم القوانين الحديثة، وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على مذهبها، ومنها القانون المصري والقانون اللبناني.

أما في القوانين الانجلوسكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر رسمي، لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها والمحاكم التي تليها في الدرجة.

١٦٢- المقارنة بين عملي الفقه وعملي القضاء في تفسير القانون،

رأينا أن كلا من الفقه والقضاء يقوم بتفسير القانون، إلا أن لفقهاء ينصرون عادة في تفسيرهم لهم متعاً نظرياً قائماً على التعرف على نية المشرع وعلّة التشريع، دون الدأثر كثيراً بحقائق الواقع، وهو ما يخالفهم فيه للقضاء، إذ تولق الأمور ومتطلبات الحاجات العملية أثره فيما يعطون للنصوص من تفسير.

ولذا كانت هذه النظرة المتباينة قد أدت في الماضي إلى وجود إختلاف بين القانون كما يفهمه ويدرسه الفقهاء، وبين القانون كما تطبقه المحاكم، إلا أن شقة هذا الخلاف قد تلاشت في الوقت الحاضر، وتم للتقارب والتعاون بين هذين المصدرين في سبيل نمو القانون وتطوره .

الباب الثالث

تطبيق القانون

١٦٢ - تقسيم:

إذا ما توافر للقاعدة القانونية مقوماتها من أي مصدر صدرت عنه هذه القاعدة، أصبح من الواجب تطبيقها، والسلطة المختصة بتطبيق القواعد للقانونية هي السلطة القضائية.

وتحديد نطاق تطبيق القاعدة يثير أموراً ثلاثة تكمل فيما يلي:

الأول: تحديد نطاق تطبيق القانونية بالنسبة إلى المخاطبين بأحكامها، وهل تمرى في حق الجميع ولو جهل بها البعض؟

الثاني: تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى المكان، أو بعبارة أخرى هل القاعدة القانونية إقليمية للتطبيق أم شخصية التطبيق؟

الثالث: تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر إلى الزمان، وهو ما يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان إذا ما ألغى قانون واستبدل به قانون آخر.

الفصل الأول

نطاق القاعدة القانونية بالتدخل

إلى المخاطبين بأحكامها

١٦٤- مبدأ إمتناع الاعتذار بجهل القانون،

إنما ما وجدت القاعدة مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية التي نكرناها وهي التشريع والدين والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإنها تصرى في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها، ولوجها بها لبعض منهم، وهذا هو مبدأ إمتناع الاعتذار بالجهل بالقانون (Nul n'est censé ignorer la loi) أي أنه لا يجوز لأحد أن يدعى عدم العلم بالقانون، أي يدعى للجهل به، ليتخلص من تطبيق حكمه عليه.

وهذا المبدأ واجب الأخذ به بالنسبة لجميع أنواع القواعد القانونية، أي بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملّة أو المصدرة على حد سواء.

والعلة في تقرير هذا المبدأ هو كفالة النظام في المجتمع، وضمان إستقرار للمعاملات، وحماية الأمن المدن، وإلا لأمكن لكل من يريد أنتهرب من حكم من أحكام القانون أن يدعى عدم العلم به.

وأساس هذا المبدأ هو إعتبارات العدالة التي تتطلب، حماية للمصالح العام، أن ينطبق القانون على جميع الأشخاص بلا إستثناء، وإلا عصمت الفروض وتفرض سلطان القانون.

١٦٥- الإستثناء الذي يرد على المبدأ:

يرد على مبدأ إمتناع الإعتذار بجهل القانون، إستثناء معين يرجع إلى الفقرة الفاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء الإقليم، كحالة الحرق أو الفيضان أو الزلزال أو الحرب، التي يستحيل معها وصول الجريدة الرسمية إلى جزء الإقليم الذي تعرض لهذه الكارثة.

وبماضح مما قلناه أن هذا الإستثناء إنما يخصف إلى القواعد التشريعية، لأنها وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية ويفترض العلم بها بهذا الشر.

غير أنه بجانب هذا الاستثناء المسلم به في القانونين المصري ولبناني يصنف هذا القانون الأخير حالات أخرى يجعل فيها المشرع اللجائي الخط في القانون مائعاً من العقاب، وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٣ من قانون العقوبات بقولها «لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها قلوياً مغلوطاً فيه». غير أنه بعد مانعاً للعقاب:

١- الجهل أو الخط للواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة.

٢- الجهل بشريعة جديدة إذا إقتصر الحرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلت نشرها.

٣- جهل الأجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها.

هذا ويلاحظ أن الاستثناء الأول للوارد في هذه المادة إنما هو استثناء في الظاهر فقط، لأن الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يحوقف عليها فرض العقوبة، لا يمنع من تطبيق حكم القاعدة للمنية أو الإدارية حتى على الجاهل بها، وعلى هذا يكون الإعفاء من العقوبة ليس أساسه الجهل بهذه القاعدة القانونية المدنية أو الإدارية، إنما يكون أساسه إنقضاء القصد الجنائي - وهو ركن من أركان الجريمة - ما دام الفاعل يجهل القاعدة المدنية أو الإدارية التي لا يتحقق وجود القصد الجنائي إلا بالعلم بها^(١).

أما الاستثناء الثاني فهو نادر الوقوع، لأن قوامه أن يتم إقرار الجرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلي الشريعة الجديدة، في حين أن القاعدة في القانون اللبناني ألا يبدأ العمل بالنصوص التشريعية إلا من اليوم الثامن الذي يلي نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يكن هناك نص مخالف، كالنص على نفاذ التشريع من يوم النشر.

أما الاستثناء الثالث والأخير وهو سخر الأجنبي الذي يرتكب - في خلال الأيام الثلاثة من قدومه لبنان - فعلاً لا يحرمه قانون دولته أو قانون الدولة التي كان مقيماً فيها، فهو الاستثناء للعملي الوحيد.

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١١٤.

الفصل الثاني

نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

١٦٦-أقليمية القوانين وشخصية القوانين،

يشير تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان للتساؤل فيما إذا كان قانون الدولة يطبق داخل إقليمها على المقيمين فيها من وطنيين وأجانب، أي يطبق على جميع الأشخاص الموجودين على أرضها بصرف النظر عن جنسيتهم، وهو ما يعرف بمبدأ الإقليمية للقوانين (principe de la territorialité des lois) أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين أينما وجدوا أي سواء كانوا داخل إقليم الدولة أم خارج حدود هذا الإقليم، فيتبعهم أين ساروا، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois).

بمسند مبدأ الإقليمية القوانين فكرة سيادة الدولة على إقليمها فيخضع لحكم قوانينها الأجانب خضوع الوطنى له . ومسند مبدأ شخصية القوانين فكرة سيادة للدولة على رعاياها فينصرف إليهم - دون الأجانب - حكم قوانينها أينما وجدوا، ولو أقاموا خارج وطنهم .

والأصل فى مصر ولبنان هو الأخذ بمبدأ الإقليمية للقوانين، وهو المبدأ الغالب فى الوقت الحاضر، غير أن هذا المبدأ لا يؤخذ به على

إطلاقه بل ترد عليه عدة استثناءات.

١٦٧- الاستثناءات من مبدأ اقليمية القوانين،

يرد على مبدأ اقليمية القوانين إستثناءات عدة يمكن إجمالها فيما يأتي:

الاستثناء الأول - ويتعلق بالحقوق والواجبات العامة التي يقررها الدستور للوطنيين دون الأجانب كحق الانتخاب، وحق الترشيح للهيئات العامة، وحق تولي الوظائف العامة (وقد يتولاها الأجنبي بشروط معينة)، وبعض الواجبات العامة كواجب أداء الخدمة العسكرية.

الاستثناء الثاني - ويتعلق بتطبيق قانون العقوبات، ذلك أنه إذا كان الأصل هو اقليمية هذا القانون (المادة الأولى من قانون العقوبات المصري والمادة ١٥/١ من قانون العقوبات اللبناني)، إلا أن للمصالح العام للدولة قد يفتضى للخروج على هذا الأصل وإعطاء الدولة حق العقاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته، أي سواء كان من الوطنيين أم من الأجانب^(١).

الاستثناء الثالث - ويتصل بالحصانة القضائية التي يقررها القانون لدولي العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني، ولا يطبق عليهم بالنسبة قانون الدولة التي يزاولون عملهم فيها.

(١) راجع في هذا الشأن المواد ٢، ٣، ٤، من قانون العقوبات المصري والمواد ١٨ وما بعدها من قانون العقوبات اللبناني.

الاستثناء الرابع - ومزده الأخذ بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، إذ قد يؤدي أعمال هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي داخل الدولة، وفي هذا خروج على مبدأ الإقليمية قانونها، أو يؤدي إلى تطبيق قانونها خارج حدودها، وهو ما يصفى على قانونها صفة شخصية التطبيق في هذه الحالة.

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية - وهي أكثر مسائل اتصالاً بالشخص - تغطي قواعد الإسناد في كل من القانونين المصري والليداني بتركها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجسده. فإذا ثار نزاع في مصر بين زوجين أجنبيين، بالنسبة إلى الشروط الموضوعية لصحة زواجهما، طبق على هذا النزاع قانون جسديهما. وإذا تم الزواج بين مصريين في الخارج، خضعت الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون المصري.

الفصل الثالث

نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

١٦٨ - تمهيد:

تظل القاعدة القانونية، لئلا كان مصدرها، مارية المفعول أى نافذة، حتى ينتضى العمل بها عن طريق الإلغاء. وإلغاء القاعدة القانونية قد يكون بإحلال قاعدة قانونية جديدة محلها، وقد يكون بمجرد الاستغناء عنها بعد استنفاد الغرض منها.

وإحلال قاعدة قانونية جديدة محل قاعدة قانونية قديمة يثير مسألة تنازع القوانين فى الزمان، وهو ما سنتناوله بالبحث بعد الكلام عن إلغاء القاعدة القانونية.

الفرع الأول

إلغاء القاعدة القانونية

١٦٩ - المقصود بالإلغاء:

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها وذلك بتجريدتها من قوتها الملزمة. والإلغاء قد يكون ضمياً، ويجب فى الحالتين أن يصدر من السلطة التى أنشأت القاعدة القانونية، وعلى ذلك

سنتكم أولاً في أنواع الإلغاء ثم ثانياً في السلطة التي تملك الإلغاء.

المبحث الأول

أنواع الإلغاء

١٧٠ - الإلغاء الصريح والإلغاء التبعي.

تنص المادة الثانية من التقنين المدني المصري على أنه «لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء، أو يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع».

وظاهر من هذا النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، وهو ما سنتناول فيما يلي:

١٧١ - الإلغاء الصريح، (L'abrogation expresse)

يكون الإلغاء صريحاً إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على نسخ القاعدة القانونية القديمة، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والخاص بإصدار لتقنين المدني المصري، إذ جاء فيها «يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥، ونص القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٢٨ بالقانون المدني المرفق لهذا القانون».

هذه صورة من صور الإلغاء الصريح، وهناك صورة أخرى تمثل

في حالة ما إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوفاً بمدة معينة، بحيث تعبير القاعدة ملغية بإنقضاء هذه المدة، ومن الأمثلة على ذلك القوانين التي يصدرها المشرع أثناء الحرب لمواجهة ظروفها، وينص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب فقط، فإذا انتهت الحرب انتهى العمل هذه القوانين .

١٧٢- الإلغاء الضمني: (L'abrogation tacite)

يتحقق الإلغاء الضمني إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة، أو إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمته تشريع سابق. وسنحاول بالبحث هاتين الصورتين من صور الإلغاء للضماني.

١٧٣- التعارض بين قاعدة جديدة وأخرى قديمة:

إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة واستحال بذلك الجمع بينهما، اعتبرت القاعدة القديمة منسوخة وملغاة بالقاعدة الجديدة .

والنسخ أو الإلغاء يكون في حدود التعارض، بمعنى أنه إذا كان التعارض كلياً اعتبر القانون القديم منسوخاً بأكمله نسخاً ضمناً، أما إذا كان للتعارض جزئياً فلا ينسخ القانون القديم إلا في حدود الأحكام التي وقع بينها التعارض .

يقع للتعارض الجزئي إذا اختلفت صفة القاعدتين بأن كانت أحدهما عامة والأخرى خاصة .

فقد يقع أن تصنع القاعدة القانونية القديمة للقديمة حكماً عاماً، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم خاص، وفي هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة بأكملها، وإنما ينسخ منها ما خصصته القاعدة القانونية الجديدة فقط. ومن الأمثلة على ذلك في القانون اللبناني، أن قانون المراجعة العثمانى الصادر فى ٩ رجب سنة ١٢٠٩ هجرية عين الحد الأقصى للفائدة بـ ٩٪ لكل الديون المدنية والتجارية (م ٣)، ثم صدر قانون الرهونات العقارية بالقرار رقم ١٣٢٩ فى ٢٠ آذار سنة ١٩٢٢ مجيزاً رفع الحد الأقصى للفائدة إلى ١٢٪ فى شأن الديون المضمونة بتأمينات أى برهون عقارية (م ١٠). ولما كان قانون المراجعة العثمانى قانوناً عاماً، وقانون الرهونات العقارية قانوناً خاصاً أى قاصراً على حالة الرهون العقارية. فإنه لا يلغى الحكم العام فى شأن الحد الأقصى للفائدة إلا فى خصوص الرهونات العقارية فقط. فيظل الحد الأقصى للفائدة ٩٪ إلا بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية فيجوز أن يصل إلى ١٢٪.

وقد يقع أن تصنع القاعدة القانونية القديمة حكماً خاصاً، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم عام، وفي هذه الحالة لا يلغى الحكم الخاص القديم بل يظل قائماً كامتلاء من الحكم العام الجديد.

ومن الأمثلة على ذلك أن قانون الرهونات العقارية السالف الذكر والصادر سنة ١٩٢٢ جعل الحد الأقصى للفائدة ١٢٪ بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية، ثم صدر بعد ذلك قانون ٢٤ حزيران سنة ١٩٣٩ الخاص بجريئة المراباة، والذي اعتبر دين مراباة كل قرض مالى عقد لغايات غير تجارية بفائدة تزيد على ٩٪. فهذا القانون الأخير

وهو الأحدث قد أتى بحكم عام في شأن القروض غير الدجارية، ولذا لا يلغى حكم قانون الرهونات العقارية لأن حكمه الخاص قاصر على لقروض المضمونة برهون عقارية^(١).

وبخلاصة القول أنه لكي يقع الإلغاء الضمني الكلي يجب أن تكون القاعدتان من نوع واحد، بأن تكون كلتاهما عامة أو كلتاهما خاصة، أما إذا اختلفت الصفة بأن كانت أحدهما عامة والأخرى خاصة فإن الإلغاء لضمني يكون جزئياً.

١٧٤- تنظيم قضي الموضوع من جديد،

إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمته تشريع قديم، فإن هذا التشريع الأخير يلغى ضمناً إلغاء كلياً، أي حتى فيما لم تتعارض فيه نصوصه مع التشريع الجديد، والعلة في ذلك أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد إنصراف نيته إلى الحول عن التشريع لتقديم بأكمله.

المبحث الثاني

السلطة التي تملك الإلغاء

١٧٥- يملك الإلغاء من يملك الانشاء،

الأصل أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية إنما هي

(١) تزيد المشرع اللبناني فأشار إلى ذلك صراحة في المادة الأولى من قانون سنة ١١٣٩ بقوله: «مع مراعاة الأحكام القانونية التي تحدد محل الفائدة في الرهونات العقارية». راجع حسن كبيرة. المرجع السابق، بند ١٢١، ص ٢٣٩.

السلطة التي تملك إنشائها، أو سلطة أعلى منها، لأن المبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل.

فالقاعدة التشريعية تنفيها قاعدة تشريعية مقلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها. فالتشريع الأساسي يلغى بتشريع أساسي مقله، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي.

١٧٦- الأثر المترتب على تدرج مصادر القانون.

يترتب على تدرج مصادر القانون أن التشريع وهو أعلاها مرتبة يستطيع أن يلغى أية قاعدة تابعة من مصدر آخر.

فالقاعدة التشريعية تستطيع إلغاء قاعدة عرفية أو قاعدة دينية، دون أن يمس هذا الإلغاء بالصفة الدينية للقاعدة، وإنما يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعي.

والقاعدة العرفية تنفيها قاعدة عرفية مقلها، أي أنه إذا تكون عرف جديد مخالف للعرف القديم فإنه يترتب على ذلك إلغاء هذا العرف القديم.

ويترتب على تدرج مصادر القانون، أنه في نطاق المعاملات المالية، يستطيع العرف في مصر أن يلغى قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية، بإعتبارها إحدى قواعد القانون الوضعي.

ويترتب على تدرج مصادر القانون، أنه في نطاق المعاملات المالية، لا يستطيع العرف إلغاء قاعدة تشريعية لأن الأدنى لا يستطيع نسخ الأعلى، وعلى هذا النحو لا يترتب على إهمال تطبيق قاعدة تشريعية لمدة طويلة إعتبارها ملغية عن طريق عدم الأعمال (désuétude) لأن عدم أعمال

قاعدة تشريعية لمدة طويلة ما هو إلا عرف سلبى، والعرف لا يستطيع إلغاء التشريع.

الفرع الثاني

تنازع القوانين فى الزمان

١٧٧- وجه المشكلة:

إذا تم إلغاء قاعدة قانونية وإحلال أخرى مكانها، فطبيعى أن القاعدة الجديدة تسرى اعتباراً من تاريخ نفاذها على الوقائع والتصرفات التى تحدث من هذا التاريخ وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للقانون (effet: immediat)، وطبيعى كذلك أن هذه القاعدة الجديدة لا تسرى على الوقائع والتصرفات التى تمت قبل نفاذها، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقاعدة القديمة، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين.

والأمر يبدو سهلاً ميسوراً إذا تعلق التطبيق بوقائع أو تصرفات تمت وترتبت آثارها فى ظل القاعدة القانونية القديمة، إذ لا مجال للشك فى سريان هذه القاعدة، كعقد بات رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة، إذ لا شبهة فى سريان القاعدة القديمة عليه.

ولكن الأمر لا يسير دائماً على هذا النحو إذ أن من الوقائع أو الأعمال القانونية ما يتطلب وقتاً طويلاً لتكوينه أو لترتيب آثاره، فحينئذٍ التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الوقائع أو هذه الأعمال.

فلو فرض أن عقد قرض قد عقد في ظل قانون قديم يبيح إشتراط
فائدة قدرها ٩٪، ثم صدر قانون جديد يخص الحد الأقصى لسعر الفائدة
الإنفاقية إلى ٧٪ فأى القانونين يطبق بالنسبة للعوائد التي تستحق بعد نفاذ
للقانون الجديد؟

كذلك لو كان سن الرشد وفق القانون القديم هو ١٨ سنة، ثم صدر
قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة، فما حكم تصرفات الشخص الذي
وتجاوز عمره ١٨ سنة ولم يبلغ بعد ٢١ سنة، هل يظل راشداً بالنسبة لها أم
يعتبر قاصراً؟

يمكن حل هذه المشكلة في الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين.

١٧٨- الإعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين:

يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على إعتبارات مختلفة يمكن إجمالها
فيما يلي:

أولاً- العدالة: فليس من العدل في شيء مفاجأة الناس بقانون جديد
يعاقب على أعمال أباحها القانون القديم، ومعاملتهم على ما أتوا من هذه
الأعمال في ظل القانون القديم.

ثانياً- إستقرار المعاملات: إذ نقضى المصلحة العامة بالآسرى
القانون الجديد على حلاقات قانونية نشأت ورتبت كافة آثارها في كنف
القانون القديم، لأننا لو أبحنا للقانون الجديد أن يمس هذه العلاقات وأن
يعدل في آثارها لإضطربت المعاملات ولأهتزت الثقة بالقانون.

فإذا كان للقانون القديم يجيز الوصية في حدود التركة ١/٣ التركة دون حاجة إلى إجازة الورثة، ثم صدر قانون جديد يجعل للنسب الجائز لإيصاله به هو ١/٤ التركة، فإنه لا يسرى على الوصايا التي رتب آثارها في ظل القانون القديم.

ثالثاً - المنطق والذوق السليم: بما أن من المبادئ المسلم بها وجوب نشر القانون في الجريدة الرسمية حتى يعلم به الناس، فالمنطق يتطلب ألا يكون له أثر على ما سبق نظره ونفاذه من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق أحكام القانون القديم.

ونظراً لأهمية هذه الاعتبارات التي بنى عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت التشريعات الحديثة على النص عليه، بل أن من الدول ما يضمن الدستور هذا المبدأ، وهو ما فعله الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١، إذ نص في المادة ١٨٧ منه على أنه: لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يتركب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز، في غير المواد الجنائية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب.

١٧٩- الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين:

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين عدة استثناءات يمكن إجمالها فيما يأتي:

الاستثناء الأول - النص الصريح: مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد الفاضل لا المشرع، فالمشرع دائماً - إذا دعت المصلحة العامة - أن

ينص في القانون الجديد على إنسحاب أثره على الماضي. ويجب أن يكون النص على إبطال أثر القانون الجديد إلى الماضي صريحاً.

ويذهب إلى أن على المشرع ألا يسيئ استعمال هذا الحق، وألا يلجأ إليه إلا إذا دعت الضرورة والمصلحة العامة إلى ذلك.

الاستثناء الثاني - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، الأمل أن القوانين الجنائية لا تنسحب إلى الماضي، وقد عدل الدستور المصري - كما رأينا - بالتدوية بذلك، لما في هذا من ضمان الحرية الشخصية، كما قرر أيضاً أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها.

إلا أنه استثناء من هذا الأصل تنسحب القوانين الجنائية على الماضي إذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تخفف من العقوبة أو تبيح الفعل، لأنه ليس في ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس.

واستفادة المتهم من القانون الجديد للتخفيف للعقوبة مشروط ألا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائي على المتهم، أي حكم قد استنفذ طرق الطعن فيه أو بعبارة أخرى أن المتهم يستفيد من كل قانون جديد مخفف للعقوبة لو صدر هذا القانون بعد الحكم عليه، بشرط ألا يكون هذا الحكم قد أصبح نهائياً، لأن التخفيف بعد صدور حكم نهائي يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهو أمر يتعارض مع حجية الأمر المقضى.

لما إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل، فإن المتهم يستفيد منه سواء صدر هذا القانون قبل أن يصبح الحكم على المتهم نهائياً أو بعد

أن أصبح كذلك، لأنه إذا صدر قبل للحكم النهائي قضت المحكمة بإيراءة،
وإذا صدر بعد الحكم النهائي فيكفي وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

الاستثناء الثالث - القوانين المفسرة لأن الغرض من هذه القوانين هو
تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة، وإزالة ما فيها من غموض أو لبس،
ولذا فإن القانون للمفسر يعتبر جزءاً من القانون السابق الذي صدر لتفسيره،
وعلى هذا النحو فإن أثره ينسحب إلى الماضي، ويقع على المحاكم تطبيقه
على القضايا التي لم يتم الفصل فيها بعد بحكم نهائي.

الاستثناء الرابع - القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب كقوانين
المتعلقة بالأهلية، فعلاً إذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١
سنة، فإنه يسري على الأشخاص الذين بلغوا ١٨ سنة في ظل القانون القديم
ولم يبلغوا بعد ٢١ سنة وقت نفاذ القانون الجديد، فيعتبرون قسراً بعد نفاذ هذا
القانون، هذا مع ملاحظة أن التصرفات القانونية التي عقدهم هؤلاء
الأشخاص قبل صدور القانون الجديد تظل صحيحة ومرتبطة لأثارها القانونية،
لأنها صدرت من أشخاص اعتبرهم القانون كأعلى الأهلية وقت إنقادها.

القسم الثاني

الحق

مقدمة

١٨٠- التعريف بالحق،

الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر بحميتها القانون. كحق الملكية على عقار أو منقول، وحق الدائن قبل مدينه .

والحق لا يوجد إلا لشخص، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، وهو يوجد قبل شخص آخر، لأن كل حق يقابلة التزام، فحق الملكية يستتبع إلزام الكافة بعدم التعرض للمالك في ملكه، وحق الدائنية يستتبع إلزام المدين بالوفاء بالدين.

ولكل حق محل، ومحل الحق قد يكون عملاً كما في الحق الشخصي أي حق الدائنية، وقد يكون شيئاً كما في الحق العيني كحق الملكية.

وكل حق يحميه القانون عن طريق الدعوى، ولذا يقال أن الدعوى هي الحق نشط ليدراً عن نفسه الاعتداء أمام القضاء.

١٨١- خطة البحث:

- سنتناول في دراستنا لنظرية الحق، كما ألمعنا إليها في التمرير
السابق الفكر. البحث في الموضوعات الآتية.
- أولاً- أنواع الحق.
 - ثانياً- أركان الحق.
 - ثالثاً- مصادر الحق ونطق بها لإثباته.

الباب الأول

أنواع الحق

١٨٢- تقسيم:

تقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية. وتقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. وتقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية، وتقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق مكتوية، ومنطى بدراسة هذا التقسيم الأخير.

١٨٣- الحقوق السياسية:

الحقوق السياسية (droits politiques) هي التي تظور الشخص حق المساهمة في إدارة شؤون الحكم في بلده، ولذا كانت بحسب الأصل ناصرة على للوطنيين دون الأجانب، ومثلها حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولى الوظائف العامة، ولرأه بالنسبة إلى هذا الحق الأخير قد تدعو الحاجة إلى الإسمانة بخبرة الأجانب في بعض الحالات.

وإذا كان الأصل أن الحقوق السياسية تثبت للوطنيين دون الأجانب، إلا أنها مع ذلك لا تثبت لجميع الوطنيين، بل لمن تتوافر شروط معينة

فيهم، كشرط السن لمباشرة حق الانتخاب أو حق الترشيح للمجالس النيابية.

١٨٤- الحقوق المدنية:

الحقوق المدنية (droits civils) هي الحقوق اللازمة للشخص باعتباره عضوا في المجتمع الانساني كالحق في الحياة وفي حرية العقيدة، ولذا فهي تثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا من المواطنين أم من الأجانب. والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

١٨٥- الحقوق العامة:

أحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (droits de la person-nalité) هي الحقوق المستمدة من طبيعة الشخص كإنسان، ولذا تسمى بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان.

والحقوق العامة على أنواع ثلاثة، يتصل كل نوع منها بجانب من جوانب شخصية الإنسان.

فأما النوع الأول فيقصد به توفير الحماية اللازمة للإنسان في جسمه وفي أعضائه، كحقه في الحياة وفي عدم الاعتداء عليه، وقد تكفل قانون العقوبات بضمان هذا النوع من الحقوق عن طريق عقاب من يعتدى على آخر بالقتل أو الجرح أو الضرب... الخ.

وأما النوع الثاني فيرمى إلى حماية الإنسان في كيانه المعنوي أو الأدبي كحقه في المحافظة على سمعته أو شرفه، وفي تعويضه عما يصيبه من ضرر إذا وقع اعتداء يمس هذه الناحية من نواحي شخصيته.

وأما النوع الثالث فيهدف إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه، وهذه هي الحريات الشخصية: كحرية الانتقال، وحرية الإقامة، وحرية العمل، وحرية التملك، وحرية التعاقد، وحرية الزواج، وحرمة المسكن.

هذا ويلاحظ أن ما يميز الحقوق العامة بإعتبارها حقوقاً لصيقة بالشخصية أنها حققة، غير مألنة أو لا تقرم بالفقد، غير أن هذه الصفة لا تمنع من أن لكل من أصابه ضرر من جراء الإعتداء على حق منها أن يطالب بتعويض هذا الضرر، وإلى هذا أشارت المادة ٥٠ من اللقنين المدني المصري بقولها «لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

١٨٦- الحقوق الخاصة،

الحقوق الخاصة هي الحقوق التي تكفل للشخص مزاولة نشاطه سواء في نطاق الأسرة أم في نطاق للمعاملات المالية، ولذا فهي تنقسم إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

١٨٧- حقوق الأسرة،

حقوق الأسرة (droits de famille) هي الحقوق التي تنبت للشخص بإعتباره عضواً في أسرة معينة، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم بالنسب. وهذه الحقوق تفقرن بتكاليف معينة، كقوامة الزوج على الزوجة، وكحق الزوجة في النفقة، وكولاية الأب على أبنائه الصغار، وكحق الأبناء في الإنفاق، عليهم، وكالحق في الإرث... الخ.

وحقوق الأسرة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، وقد رأينا أنها تخضع في مصر ولبنان لأحكام الدين وما صدر في شأنها من قوانين خاصة.

١٨٨- الحقوق المالية:

الحقوق المالية (droits pécuniaires) هي الحقوق التي يقوم محلها بالنقود، وهي قوام المعاملات المالية، وتنقسم هذه الحقوق إلى أنواع ثلاثة هي: الحق المبنى ومحلله شيء مادي كحق الملكية، والحق الشخصي ومحلله عمل كدين الفرض، والحق المعنوي ومحلله شيء غير مادي أي شيء معنوي كحق المؤلف. وهذه هي الحقوق التي سنتنى ببحثها.

الفصل الأول

الحق العيني

١٤٨- التعريف بالحق العيني،

الحق العيني (droits réel) هو سلطة مباشرة يطولها القانون لشخص معين على شيء معين، كحق الملكية مثلاً.

والحق العيني ككل الحقوق يقابله واجب، ويتمثل هذا الواجب في التزام كافة الناس باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه، ولذا فإن هذا الواجب يعتبر واجباً عاماً أي يلتزم به الجميع، كما يعتبر واجباً سلبياً لأن مؤداه الامتناع عن الاعتداء على هذا الحق.

والحقوق العينية تنقسم إلى قسمين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

الفرع الأول

الحقوق العينية الأصلية

١٤٠- التعريف بالحق العيني الأصلي،

الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته، أي لا يستند في وجوده إلى حق آخر، كحق الملكية.

والحق العيني الأصلي إما أن يرد على مال الشخص نفسه كالملكية، وإما أن يرد على مال للغير كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الارتفاق. وستتكم أولاً في حق الملكية، ثم في الحقوق المنفردة عنها.

١٩١- حق الملكية،

يعبر حق الملكية (droits de propriété) أوسع للحقوق العينية الأصلية نطاقاً، نظراً لما يخوله لصاحبه من سلطات، وهو ما يستفاد من نص المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه «مالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»^(١). وهذه هي السلطات الثلاث التي يؤولها حق الملكية لصاحبه.

فأما استعمال الشيء فيقصد به استخدام الشيء فيما أعد له. فاستعمال الدار يكون بسكنائها، واستعمال الأرض يكون بزراعتها.

أما استغلال الشيء فالمراد به الحصول بطريق غير مباشر على الثمار التي يكون قابلاً لإنتاجها، كتأجير الأرض أو الدار والحصول على أجرها.

والثمار هي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون انتقاص من أصله. والثمار إما أن تكون طبيعية كالكلأ ونتاج المواشي، وإما أن تكون صناعية كالمزروعات، وإما أن تكون مدنية كأجرة أبنائي والأراضي الزراعية.

أما التصرف في الشيء فقد يكون تصرفاً مادياً وقد يكون تصرفاً قانونياً، مادياً بتغيير شكله أو إتلافه أو إستهلاكه كهدم منزل مثلاً، قانونياً ببيعه أو هبته أو تقرير حق عيني آخر عليه كحق الارتفاق.

(١) راجع المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

والسلطات الثلاثة أو للعناصر الثلاثة السابقة الذكر، والتي يتكون منها حق الملكية، قد تكون مجمعة في يد شخص واحد، فيقال إن له حق ملكية تامة هي الشيء، وقد تكون موزعة بين عدة أشخاص، فيكون لشخص حق استعمال الشيء فقط ويسمى الحق السكنى إذا كان خاصاً بذل، وقد يكون له حق الاستغلال فقط، وقد يكون له الحقان معا أي الإستعمال والاستغلال، فيقال أن له حق الانتفاع. وإذا اقتصر حق الشخص على التصرف دون الانتفاع يقال إن له ملكية الرقبة.

١٩٧-١٩٨ الحقوق المنفردة عن الملكية:

يتمتع بالحقوق المنفردة عن الملكية الحقوق العينية التي تقتطع بعض عناصرها لمصلحة شخص آخر غير المالك.

والحقوق المنفردة عن الملكية في القانون المصري هي: حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الارتفاق^(١).

(١) أشارت المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية اللبناني إلى الحقوق المنفردة عن الملكية، فذكرت للتصرف، والسطحية، والانتفاع، وحق الأفضلية على الأرض الخالية لمصلحة، والارتفاقات العقارية، والرفق، والاجارتين، والاجارة الطويلة، والشجار الناتج عن الرصد بالبيع.

وقد أضاف المشرع اللبناني إلى هذه الحقوق، حق المساقاة، (ويقصد حق الاجارة العينية) بالقرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٢٤.

وقد ألغى المشرع اللبناني حق الاجارتين بمقتضى قانون تنظيم الرفق الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧، كما ألغى بهذا القانون كذلك حق الاجارة الطويلة. كذلك ألغى المشرع اللبناني حق السطحية بالنسبة للمستقبل بمقتضى المادة ٣١ من نفس قانون الملكية العقارية. أخيراً نصحت الوقت لأن العين الموقوفة تحرر معروفة الوقت باعتباره شخصاً معنوياً.

١٩٢- حق الإنتفاع:

حق الإنتفاع (Le droit d'usufruit) هو الحق الذي يخول الشخص استعمال وإستغلال ملك غيره، أما التصرف فيبقى للمالك الذي يطلق عليه في هذه الحالة اسم مالك الرقبة.

وحق الإنتفاع ينقضى بإنقضاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣ مدني).

١٩٤- حق الاستعمال وحق السكنى

حق الإستعمال (Le droit d'usage) هو حق عيني يخول صاحبه إستعمال الشيء بمقدار ما يحتاج اليه هو وأسرته الخاصة فقط. فإذا ورد هذا الحق على حذيفة فليس لصاحبه من ثمارها إلا مقدار ما يحتاجه هو وأسرته فحسب، أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له التصرف فيه (م ٩٩٦ مدني).

أما حق السكنى (Le droit d'habitation) وهو خاص بالنور، فيخول صاحبه حق سكنى الدار فقط، أي ليس له الإنتفاع بها بغير السكن كاستخدامها كمكتب أو متجر مثلاً، ولذا فهو يعتبر أضيق نطاقاً من حق الاستعمال.

وتتدرى على حق الإستعمال وحق السكنى الأحكام الخاصة بحق الإنتفاع فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدني).

١٩٥- حق العكر

حق العكر هو حق عيني يخول للمحتكر الإنتفاع بأرض للغير عن طريق البناء أو الخراب في مقابل دفع أجره العكر وهي أجره المثل.

ولا يجوز ترتيب حكر الآن في القانون المصري إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢/١ مدني). ويملك المبتكر ما أحدثه من براء أو غرامس متكاملاً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر (م ١٠٠٢)، وينتقل هذا الحق بوفاء المبتكر إلى ورثته (م ١٠٠١ مدني). هذا وقد أخذ المشرع نظام الحكم عن الشريعة الإسلامية.

١٩٦- حق الارتفاق،

حق الارتفاق (Le droit de servitude) هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص آخر. ويسمى العقار المقرر عليه هذا التكليف بالعقار الخادم أو العقار المرتفق به (Le fonds servant) ويسمى العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف بالعقار المخدم أو العقار المرتفق (Le fonds dominant) ومن الأمثلة على ذلك حق الارتفاق بالمرور الذي يوجد طريقاً على العقار الخادم لصالح العقار المخدم، وحق الارتفاق بالمطل الذي يبيع فتح سطلات في غير المسافات القانونية على العقار الخادم لمنفعة العقار المخدم.

وحق الارتفاق يتعلق بالعقار المقرر لمنفعته وليس بملكه، وإذا فهو لا ينتقل بانتقال ملكية العقار من شخص إلى آخر.

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

١٩٧- الغرض من تقرير هذه الحقوق،

يقضى القانون بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما يعرف بالضمان العام للدائنين (gage commun) ومن مقتضى هذا

الضمان أن لكل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات.

غير أن هذا الضمان العام لا يوفر للدائنين الحماية الكافية، لأنه لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، وبذا يستطيع أن يبعدها عن متناول يد الدائنين الذي سيقتصر حقهم على التنفيذ على الأموال الموجودة في نعمته وقت التنفيذ، وقد لا تكفي للوفاء بجميع الديون، ولأنه من ناحية أخرى يخضع الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء، وبذا لا يستوفي الدائن كل دينه.

ولذلك في خطر إضرار أو إفلاس المدين من ناحية، وإسفياع قاعدة قسمة الغرماء من ناحية أخرى، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص. وهذا التأمين الخاص قد يكون تأميناً شخصياً كالكفالة أو تأميناً عينياً كالرهن الرسمي. والتأمينات العينية هي التي نسميها بالعقود العينية التبعية.

وقد سميت عينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين، وسميت تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها، إنما تقوم مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به.

والحقوق العينية التبعية في القانون المصري هي الرهن بوجوبه للرسمي والعيازي، وحق الإختصاص، وحق الإمتياز^(١).

(١) لتحقيق العينة التبعية في القانون اللبناني هي الرهن، والبيع بالوفاء، والتأمين، ولا امتياز. وقد ذكرتها المادة ١٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني. ويضاف إليها التأمين الجبري، وقد نصت عليه المادة ٤٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

١٩٨- الرهن الرسمي:

الرهن الرسمي (Le droit d'hypothèque) «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عريئاً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار من أي يد يكون» (م ١٠٣٠ مدني).

أي أن الرهن الرسمي، وإن كان لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون وإدارته والتصرف فيه، إلا أنه يخول الدائن أن يتبع العقار المرهون في أي يد إنتقل إليها كما لو تصرف فيه المدين بالبيع، وهذا ما يعرف بحق التتبع، كما يخول الدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن بيع العقار المرهون عند التنفيذ عليه، بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين الذين يلونه في المرتبة، وهذا ما يعرف بحق الأفضلية.

١٩٩- الرهن الحيازي:

الرهن الحيازي (Le droit de gage) «عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يربط عليه الدائن حقاً عريئاً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون» (م ١٠٩٦ مدني).

وإذا كان الرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع وحق الأفضلية، إلا أنه يفتقر عنه في أمرين هما: أولاً- أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول، بعكس الرهن الرسمي فهو لا يرد إلا على العقار. ثانياً - أن الرهن الحيازي يتطلب إنتقال حيازة

الشيء المرهون من المدين إلى الدائن أو إلى شخص آخر يخفان عليه، في حين أنه في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار للمرهون للمدين .

٢٠٠- حق الإختصاص؛

حق الإختصاص (Le droit d'affectation) هو حق عيني نبي يتقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين ولجب التنفيذ. وحق الإختصاص يقترب من الرهن الرسمي فيما يرفقه من حقوق الدائن، كما أنه يشبهه به في أنه لا يرد إلا على العقار، وأنه لا يحرم المدين من حيازة هذا العقار.

٢٠١- حقوق الامتياز؛

حق الامتياز (Le droit de privilège) حق عيني نبي يتقرر لبعض الديون بمقتضى نص في القانون بسبب طبيعتها، وإلى هذا أشارت المادة ١١٣٠ من التقنين المدني المصري بقولها ١- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفحه ٢- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون.

أي أن الامتياز لا يتقرر بمقد كالرهن، ولا بأمر من القاضي كحق الإختصاص، وإنما يتقرر بمقتضى نص في القانون.

وحق الامتياز على نوعين: أولاً - حق امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات، ومن أمثله الامتياز المنصوص عليه في المادة ١١٤١ مدني والتي تقرر أنه «يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمل وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن السنة

الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة . (ج) للنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة . ثانيا - حق إمتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين، ومن أمثاله إمتياز بائع المنقول على الشئ المبيع، وإمتياز بائع العقار على العقار المبيع صمماً لحقه في النعم (م ١١٤٥ و ١١٤٧ من التقنين المدلى) .

الفصل الثاني

الحق الشخصي

٢٠٢- التعريف بالحق الشخصي:

الحق الشخصي (droit personnel) رابطة بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين، وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالى معين. وهذا الأداء قد يكون بإعطاء شيء كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عينى تبعى عليه كالرهن، وإما أن يكون بالقيام بعمل كالتزام بمقاول ببناء منزل، وإما بالإمتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجارى بالإمتناع عن مزاولة نفس التجارة فى الجهة للكلن فيها المتجر المبيع.

غير أن هذا التقسيم الثلاثى للأداء محل نظر، لأنه إذا كان الأداء إعطاء شيء، فإن المدين يلتزم فقط بالقيام بعمل هو إتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق، أما الحق نفسه فإنه ينتقل أو يترتب بحكم القانون، ولذا فالأصح أن يقال أن الأداء هو عمل سواء كان عملاً إيجابياً أم عملاً سلبياً أى إمتناعاً عن عمل.

ولما كان الحق الشخصي علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدِين، وأنه يطلق عليه هذا الاسم أى الحق للشخصى أو حق للدائنية (droit de créance) إذا نظر إليه من ناحية الدائن، ويطلق عليه اسم الإلزام (obligation) إذا نظر إليه من ناحية المدِين.

٢-٢- أنواع الحق الشخصي:

إن الحق الشخصى بإعتباره رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما بأداء مالى معين هو إعطاء شئ أو القيام بعمل إيجابى آخر أو بالامتناع عن عمل، من الممكن أن تعدد صوره تعددا لا ينتهى، لأن صور الإعطاء أو العمل أو الامتناع لا يمكن حصرها، وهو فى جميع هذه الصور إن يلزم إلا المدِين، ولذا جاز تعدده تعددا لا يدخل تحت حصر شرطة ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب.

أما الحقوق العينية ويقابلها دائما إلزام على الكافة باحترامها، فلا ينبغى أن يتحرك الشخص حراً فى إنشاء ما يريد منها وتحميل الكافة واجب إحترامها ببعض لراحتة، ولذا وردت فى القانون على سبيل للمصر.

وبخلاصة القول أن الحق الشخصى خلافاً للحق العينى من الممكن أن تعدد صوره، ولكن مهما تعددت هذه الصور فهى لن تخرج عن الأنواع الثلاثة التى ذكرناها وهى إعطاء شئ كنقل ملكية شئ، والقيام بعمل كالإلتزام للبائع بتسليم المبيع أو الإلتزام المقترض برد مبلغ القرض، والإمتناع عن عمل كالإلتزام فنان قبل صاحب مسرح بعدم العمل على مسرح آخر.

الفصل الثالث

الحق العنوي

٢٠٤- التحريف بالحق العنوي،

يقصد بالحقوق المعنوية أو الحقوق الذهنية كما يطلق عليها الآن، لحقوق التي ترد على أشياء معنوية أي أشياء غير محسوسة من نتاج وخلق الفكر. وأهم ما يطالعا في هذا الشأن هو حق المؤلف على مصنفه (droit d'auteur) وهو ما سنتنصر على دراسته في إيجاز^(١).

(١) بدأ تنظيم الحقوق الذهنية في مصر اعتماداً من سنة ١٩٣٩، إذ صدر في تلك السنة القانون رقم ٥٧ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الذي تضمن بعض الأحكام المتعلقة بالمقومات المعنوية للمحل التجاري، ثم القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ويصدر هذين القانونين تم تنظيم ما يسمى بالملكية الصناعية، ولكن هذا التنظيم بصور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالمرافقة على الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية.

وفي سنة ١٩٥٤ صدر القانون رقم ٢٤٥ الخاص بحماية حقوق المؤلف. وأخيراً في سنة ٢٠٠٢ صدر قانون الملكية الفكرية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٢ الذي ينظم أحكام الملكية الصناعية والملكية الأدبية والفنية.

٢٠٥- المقصود بالمؤلف

يقصد بالمؤلف كل شخص ينتج إنتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه ووسيلة التعبير عنه، مادام هذا الانتاج أو الخلق يتضمن قدرا معيناً من الابتكار. وقد حدد القانون رقم ٨٢ الذي صدر في مصر سنة ٢٠٠٢ للمؤلف بأنه: الشخص الذي نشر المصنف منسوبا إليه، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف، أو بأية طريقة أخرى من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها، سواء بذكر اسم المؤلف عليه أم بذكر اسم مستعار أم علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصية المؤلف، ما لم يقدر الدليل على عكس ذلك^(١).

وعلى هذا النحو ينصرف لفظ المؤلف إلى الكاتب والمخترع والرسام والممثل والملحن، بل وإلى المترجم الذي يتولى ترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو يقوم بتلخيصه أو تحويله أو شرحه أو التعليق عليه بطريقة تبرزه في شكل جديد يعنى عليه طابع الابتكار الذي هو شرط حماية القانون لحق المؤلف.

= وفي لبنان بدأ تنظيم الحقوق الذهنية بسدور القرار رقم ٢٢٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية، وقد اشتمل هذا القانون علاوة على تنظيم الملكية التجارية والصناعية، على تنظيم ما أسماه «الملكية للكتابية والفنية» أي حقوق المؤلف. وقد عدل هذا القرار عدة مرات، كان أهمها التعديل بمقتضى القانون الصادر في ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦. كذلك صدر في ٢٦ شباط سنة ١٩٤٦ قانون يحدد حقوق المؤلفين على آثارهم الموسيقية، وقد عدل هذا القانون بقانون صدر في ٣١ كانون الأول سنة ١٩٥٧ كذلك تضمن لبنان إلى أهم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المبرمة في هذا الشأن.

(١) راجع المادة ١٢٨/ج من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

٢٠٦- أنواع المصنف

يقصد بالمصنف كما رأينا أى خلق ذهني مبتكر لتخذ مظهر الكتابة أو الرسم أو النحت أو الموسيقى أو الاختراع . الخ.

وليس معنى الابتكار هنا - وهو شرط حماية حق المؤلف كما سبق أن ذكرنا - الإتيان بأفكار جديدة لم يسبق معرفتها، وإنما يقصد بالابتكار أن يأخذ الإنتاج الفكري طابعاً متميزاً بالأصالة يبرز شخصية صاحبه سواء كان ذلك في جوهر الموضوع أو في طريقة عرضه أو التعبير عنه .

والمصنف قد يكون من عمل مؤلف واحد، وقد يكون مصنفاً مشتركاً، وقد يكون مصنفاً جماعياً .

والمصنف المشترك هو الذى يشترك فى عمله أكثر من شخص . وإذا أمكن فصل عمل كل مؤلف عن عمل غيره من المشتركين معه، كان له أن يستغل الجزء أو الجانب الذى انفرد بمصنعه بشرط عدم الإضرار باستغلال المصنف المشترك . أما إذا تعذر إفراد عمل كل شخص منهم، إعتبر الجميع أصحاب حق عليه بالتساوى، ووجب موافقتهم جميعاً لمباشرة حق المؤلف على المصنف (م ١٢٨ / هـ من القانون رقم ٨٢) .

والمصنف الجماعى هو كما ورد فى المادة ١٢٨ / د من القانون السابق للذكر هو «المصنف الذى تصنعه جماعة من المؤلفين بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشرة باسمه وتحت إدارته، ويندمج حمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة» . ومثاله أن تعهد إحدى دور النشر لجماعة من الكتاب بوضع كتاب فى موضوع معين لتولى نشره، فيكون لهذه الدار حق المؤلف على الكتاب .

٢٠٧- الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف

لن نتعرض هنا لطبيعة حق المؤلف وما تتميز به من خلاف في الرأي، وإنما سنقتصر على دراسة مضمون هذا الحق بشقيه الأدبي والمالي، ذلك أن حق المؤلف يتطوّر على حق أدبي من ناحية وعلى حق مالي من ناحية أخرى، ولذا قيل أنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة.

٢٠٨- الحق الأدبي:

لما كان المصنف خلقاً فكرياً تابعاً من فكر صاحبه، ويتصل بذلك بشخصيته أوثق إتصال، فيكون له عليه حقاً أدبياً أو معنوياً يخضع حماية هذا الجانب من جوانب شخصيته. وعلى هذا الأساس يكون للمؤلف سلطة التقدير في نشر مؤلفه أو عدم نشره، سلطة التفسير أو التعديل فيه، سلطة سحبه من التداول إذا رأى أنه لم يعد ينفع واتجاهات العصر، أو أن في استمرار تداوله ما يمس سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية، مع مراعاة تعويض الضرر الذي يصيب الغير كالناشر مثلاً.

هذا الحق الأدبي الذي للمؤلف حق مؤبد لا ينتهي بإنتهاء مدة معينة، بل يظل ثابتاً له طوال حياته وينقل إلى ورثته عند وفاته، وإن كان دور الورثة يقتصر على مجرد المحافظة على سمعة مورثهم العلمية أو الفنية أو الأدبية، ورعاية استمرار نشر المصنف متسرباً إلى مورثهم بالطريقة التي تخيرها، أي أن الورثة يعتبرون مجرد حراس على تراث مورثهم الفكري.

ولما كان هذا الحق الأدبي لا يقوم بمال، إمتنع التصرف فيه أو للحجز عليه لأنه ليس عنصراً من عناصر الذمة المالية للشخص.

٢٠٩- الحق المالي:

من الطبيعي، والمصنف من خلق صاحبه، أن يكون لهذا الأخير الاستفادة مادياً منه، وهذا ما يعبر عنه بالحق المالي للمؤلف. والاستفادة من المصنف مادياً يكون عن طريق إستغلاله. وقد يتنازل المؤلف عن جنتكار استغلال مصنفه إلى الغير بعوض أو بدون عوض، حال حياته أو بعد موته بطريق الوصية.

والحق المالي بإعتباره أحد عناصر للذمة المالية للمؤلف ينتقل بوفاته إلى ورثته. وهذا الحق المالي على خلاف الحق الأدبي ليس مؤبداً، بل هو حق مؤقت، إذ يقضى بسفة عامة بمعنى خمسين سنة من وفاته، وفئة للمؤلف، وفي هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف مالياً فاصراً على أحد، لأنه بفوات هذه العدة يعتبر المصنف جزءاً من التراث الفكري للمجتمع البشري.

الباب الثاني أركان الحق

٢١٠- ركن الحق،

رأبدا أن الحق مصلحة مادية أو مبنوية مقررة لشخص يحميها قانون.
واذا حالنا هذا التعريف تبين لنا أن الحق ينطوي على ركنين أساسيين هما:
صاحب الحق، ومحل الحق. وصاحب الحق هو الشخص، وعلى هذا سنتكلم
أولاً في أشخاص الحق، وثانياً في محل الحق.

الفصل الأول

أشخاص الحق

٢١١ - المقصود بالشخص،

يقصد بالشخص في سائر علوم الاجتماع - عدا القانون - الإنسان. ففي مفهوم القانون الشخصي هو كل كائن تثبت له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، وعلى هذا النحو ينصرف مدلول إصطلاح الشخص أو الشخصية إلى الإنسان، وهذا هو الشخص الطبيعي، أو إلى مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تتوافر لها الشخصية القانونية، وهذا هو الشخص المعنوي أو الاعتباري كالدولة أو الشركة أو الجمعية.

هذا ويتعين التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب التي منتكلم عنها فيما بعد، لأنه إذا كان كلامنا يتعلق بصلاحية الشخص لإكتساب لسقوق والتحمل بالواجبات، إلا أنهما يختلفان من حيث المدلول. فالشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لإكتساب أو بتحمل الواجب بصفة عامة، أما أهلية الوجوب فتتعلق بمدى هذه الصلاحية، بمعنى أن حرمان الشخص من بعض الحقوق أو إعفاءه من بعض الواجبات، لا يمس الشخصية التي توجد بغض النظر عن مدى الحقوق والواجبات الثابتة للشخص، ولكن هذا الحرمان أو الإعفاء يمس أهلية الأداء فيندقص

منها، فحرمات الأجنبي في مصر من تلك الأراضي الزراعية لا يس شخصيته ولكنه يفقد أهلية الأداء بالنسبة له .

٢١٢- تقسيم:

رأينا أن الشخص في نظر القانون أما أن يكون شخصاً طبيعياً، وأما أن يكون شخصاً معنوياً أو اعتبارياً. وعلى هذا الأساس K.111م أولاً في الشخص الطبيعي، وثانياً في الشخص المعنوي.

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

٢١٣- الإنسان:

الإنسان هو الشخص الطبيعي، وتثبت له الشخصية بغض النظر عن مدى ما يوافقه له من حقوق أو ما يتحمله من واجبات .

وسنتناول في دراسته الكلام في: أولاً- مدة الشخصية . ثانياً- مميزات الشخصيات . ثالثاً- الأهلية ونقصها أهلية الأداء .

المبحث الأول

مدة الشخصية

٢١٤- بدء الشخصية:

تبدأ شخصية الإنسان بالولادة . غير أنه يرد على هذه القاعدة نبدان: الأول- أن يولد الإنسان حياً (Vivant) الثاني - أن الشخصية قد تنقصر للإنسان قبل ولادته، أي، تنقصر للحين أو، الحمل المستكن .

٢١٥- العهد الأول- الولادة حياً:

يشترط لقبول الشخصية أن يولد الإنسان حياً، فإن ولد ميتاً فلا تثبت له . ويشترط في القانون المصري انفصال المولود حياً عن أمه انفصالاً

تأما (م ٢٩/١ مدني)، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأبو حنبل.

وفي القانون اللبناني يشترط كذلك انفصال المولود انفصلاً كاملاً عند غير المسلمين وعند طائفة الشيعة. أما عند طائفة السنة وطائفة الدروز، وبأخذان بالمذهب الحنفي، فيعتبر الإنسان قد ولد حي إذا خرج أكثره حياً ولو توفي بعد ذلك^(١).

٢١٦- العهد الثاني - الجنين

خروجاً على الأصل العام بثبوت الشخصية بولادة الإنسان حياً، فإنه يثبت للجنين أي للحمل المستكن بعض الحقوق قبل الولادة، أي يكون له أهلية وجوب ناقصة. ذلك أنه فضلاً عن النصب، يثبت للجنين الحق في الإرث وفي الوصية وفي الهبة^(٢)، وإلى هذا أشار المشرع المصري في المادة ٢/٢٩ مدني بقوله «ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيها القانون».

(١) في القانون الفرنسي لا يكفي أن يولد الإنسان حياً، بل يجب أيضاً أن يولد فلباً للحياة (Viabie) أي مستكماً للأعضاء الأساسية للحياة، ويعتبر أنه ولد حياً إذا نفس بعد انفصاله.

(٢) نص المشرع اللبناني على حق الجنين في الهبة في المادة ٥١٨ من قانون السجلات والمقود، فقرر أن «الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يعترفهم». ولظراً لأن القانون المصري قد جاء خلواً من نص مماثل فقد ناز الخلاف بين الشراح في إمكان الهبة للجنين (راجع حسن كيرة، أصول القانون، ص ٢٢٢، وتوقيف فرج، المرجع السابق، ص ٢٩٨).

على أن ما ثبت للجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط ولادته حياً، فإن ولد ميتاً اعتبر الأمر كأن لم يكن، ورد إلى الحركة مثلاً ما كان موقوفاً له من إرث.

٢١٧- نهاية الشخصية:

الأصل أن تنتهي شخصية الإنسان بموته موتاً حقيقياً، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل تنقضي الشخصية كذلك بالصوت الحكمي، وهذه هي حالة المفقود.

٢١٨- المفقود:

المفقود شرعاً هو الغائب غيبة منقطعة، أي إنقطعت أخباره فلا نعرف حياته من معاته.

ويغرق في القانون المصري^(١) بالنسبة للمفقود بين فرضين:

الفرض الأول - حالة المفقود الذي يوجد في ظروف يغلب فيها الهلاك. كما لو تم الفقد أثناء حرب أو في كارثة كفيضانات أو زلزال. وفي هذا الفرض يحكم القاضي بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريخ قلده (أو يصدر قرار وزير الحربية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين).

الفرض الثاني - حالة المفقود الذي لا يوجد في ظروف يغلب فيها الهلاك. كمن سافر إلى بلد آخر طلباً للعلم أو السياحة وإنقطعت أخباره ولا نعرف حياته من معاته. وفي هذا الفرض يترك للقاضي تحديد المدة التي يحكم بعدها بموته، وطبيعي أن هذه المدة لن تقل عن أربع سنوات.

(١) راجع المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩، المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ والخامسة بأحكام الفقد.

وفي الفرضين معاً لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا بعد أن ينحصر
للقاضى عنه بكافة الطرق الممكنة، حتى يستبين له ما إذا كان حياً أو
ميتاً^(١).

٢١٩- ما يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتاً:

يترتب على الحكم بموت المفقود (أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره
مفقوداً إذا كان من العسكريين) أن تنتهى شخصيته. فيجوز لزوجته أن تعد
عدة الوفاة وأن تتزوج من غيره بعد إنتهاء فترة العدة. وتوزع تركته على
ورثته الموجودين وقت الحكم بموته (أو وقت صدور قرار وزير الحربية).

وإذا كان المفقود يعتبر حياً بالنسبة للأحكام التى تصدره حتى يقضى (أو
يصدر قرار) بموته، إلا أنه يعتبر ميتاً بالنسبة للأحكام التى تنفعه

(١) يختلف تعدد السنة التى يحكم بحكم مفوتها موت المفقود فى القانون اللبناني بحسب
الطوائف الدينية. فبالنسبة لطائفتى السنة والشيعة لا يختلف السنة التى يحكم بموتها
باعتبار المفقود ميتاً باختلاف ظروف الفقد.

غير أن المذهب الدرزي تأخذ به طائفة السنة بوجه الحكم باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي
سنة لا يموتها لفرائه. والرأى على تقديرها يتسعين سنة من تاريخ ولادته. أما المذهب
الحنفي الذى تأخذ به طائفة الشيعة فيرى اعتبار المفقود ميتاً بعد مائة سنة من ولادته.

أما بالنسبة للطوائف غير الإسلامية وطائفة الدروز، فإذا كان الفقد فى ظروف ينسب فيها
الهلاك حكم القاضى بموت المفقود بعد مضي عشر سنوات من تاريخ الفقد (م ١٢٤ من
قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨ وم ١/٣٤ من قانون الإرث لغير
المؤمنين لسنة ١٩٥٩). أما إذا كان الفقد فى ظروف لا يغلب فيها لهلاك، فيعتبر المفقود
ميتاً ببلوغه مائة سنة بالنسبة للطوائف الإسلامية (م ٢/٣٤). وبالنسبة للدروز يدرك الأمر
للقاضى (م ١٣٤ من قانون أحوالهم الشخصية).

وتنصر غيره، فإذا كان قد آل إليه ميراث في الفترة بين فقده والحكم (أو القرار) بموته، فإنه بعد صدور هذا الحكم (أو القرار) لا ينتقل هذا الميراث إلى ورثته هو، وإنما يعود نصيبه الذي كان موقوفاً إلى من كانوا يستحقونه وقت وفاة المورث.

٢٢٠- ظهور حياة المفقود:

إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم (أو القرار) بموته، فإن زوجه تعود إليه إذا لم تكن قد تزوجت بغيره. وإذا كانت قد تزوجت بغيره ولم يدخل بها، فيفسخ الزواج الثاني وتعود لزوجها الأول (وكذلك الحكم إذا كان الزوج الثاني قد تزوجها وهو يعلم بحياة المفقود، أو كان قد عقد عليها أثناء فترة عدتها من المفقود). أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية، أي يجهل حياة المفقود، ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة، وكان قد دخل بها، فإنها تكون له.

وبالنسبة لأمواله فإنه يأخذ ما بقي في يد ورثته مما كان له، ولا يسأل أحدهم عما تصرف فيه، وكذلك الحكم بالنسبة إلى ما بقي في أيدي ورثة مورثه من نصيبه الذي رد إليهم.

المبحث الثاني

مميزات الشخصية

٢٢١- تقسيم:

يحدد للفقهاء مميزات الشخصية بأمر ثلاث هي: الحالة التي تحدد مركزه بالنسبة إلى الدولة، وإلى الأسرة، وفي بعض الأحيان بالنسبة إلى الدين. والاسم وهو وسيلة التعرف عليه. وأخيراً الموطن الذي يساعد في العثور على مكانه حيث يقيم.

وسنضيف إلى دراسة هذه العلامات الثلاث المميزة للشخصية دراسة
للذمة المالية باعتبار أن كل شخص له ذمة مالية.

المطلب الأول الحالة

٢٢٢- التصريف بالحالة:

الحالة (état) هي مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية
معينة، تؤثر في تحديد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات. وقوام
للحالة هي إلتساب الشخص إلى دولة معينة، وإلى أسرة معينة، وإلى تين
معين.

٢٢٢- إلتساب الشخص إلى دولة معينة:

ينتسب كل شخص إلى دولة معينة، والرابطة التي تجمع بينهما تسمى
بالجنسية (La nationalité) فالجنسية صفة في الشخص تفيد إلتسابه إلى
دولة معينة، ولو أن من الأشخاص من لا ينتسب إلى أية دولة ويسمى بعديم
للجنسية (Apatride).

والدول تجرى في تحديد الجنسية على إحدى قاعدتين أو عليهما معا،
وهما: قاعدة الدم فيأخذ الشخص جنسية أبيه وأحيانا جنسية أمه^(١). وقاعدة
محل الميلاد بإعطاء الشخص جنسية الدولة التي يولد على إقليمها بصرف
النظر عن جنسية أبيه. ويأخذ للقانونان المصري واللبناني بقاعدة الدم في
رباط الدم كما يسمى أيضا.

والجنسية التي نكلمنا عنها هي الجنسية الأصلية التي تثبت للشخص عند
الميلاد على أساس رباط الدم (Jus sanguinis) أو رباط الاقليم (Jus soli).
غير أنه يوجد بجانب الجنسية الأصلية ما يسمى

(١) وقد أجريت مؤخرا تعديلات لقانون الجنسية المصري حيث أصبح من يولد لأم مصرية
يكسب الجنسية المصرية ولو كان الأب أجنبيا.

بالجنسية الطارئة وهي التي تكتسب بعد الميلاد لسبب آخر غيره، وهي تكتسب عادة بطريق الزواج أو بطريق التجنس.

والعلة في تحديد جنسية للشخص أن نطاق الحقوق التي يتمتع بها والواجبات التي يتحملها يختلف بحسب ما إذا كان من الوطنيين أم من الأجانب. فالأجنبي لا يتمتع بالحقوق السياسية كحق الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية أو حق تولي الوظائف العامة، كما أنه لا يتمتع ببعض الحقوق المدنية، فكثير من تشريعات الدول تعزم على الأجنبي تملك العقارات خاصة الأراضي الزراعية، أو تحظر عليه مزاولة مهنة معينة كالطب أو المحاماة. كذلك لا يتحمل الأجنبي كل الواجبات التي يلتزم بها الوطني، فلا يكلف مثلاً بأداء الخدمة العسكرية.

على أنه مهما تقلصت حقوق الأجنبي فهناك حد أدنى تفرضه قواعد القانون الدولي العام، فلا يحرم من الحريات العامة أو الحقوق الأساسية بشخصه كاتناً.

٢٢٤- إنتساب الشخص إلى أسرة معينة:

ينتسب الشخص إلى أسرة، أي يربطه بالأسرة روابط معينة. وقد يتبادر إلى الذهن أن اللقيط - وهو من لا ينتسب إلى أسرة - ليست له حالة، إلا أن وصفه بأنه لقيط معناه أنه لا ينتسب إلى أسرة، وهذا يكون الحالة تكويناً قانونياً.

والأسرة هي مجموعة من الأشخاص يرتبطون معاً برباط القرابة، وهو ما حبره المشرع المصري في المادة ١/٣٤ مدني بقوله: تتكون أسرة الشخص من ذوى قرابه. والقرابة تقوم إما على أساس النسب وإما على أساس المصاهرة.

ورباط النسب هو رباط الدم، والقرباية التي تقوم على أساس النسب هي اما قرباية مباشرة أو قرباية حواشي.

والقرباية المباشرة هي التي تقوم بين الأصول والفروع، أي تقدم على أساس تسلسل عمودي. كالقرباية بين الابن والأب والجدة (١/٣٥ مدني).

أما قرباية الحواشي فهي التي تقوم بين الأشخاص الذين يشتركون في أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم. كالقرباية بين الأخ وأخيه، أو بين الشخص وعمه أو عمته (م ٢/٣٥ مدني).

ويراعى في حساب درجات القرباية بنوعيتها أن كل طبقة درجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك، وهو ما نصت عليه المادة ٢٦ مدني بقولها ويراعى في حساب درجة القرباية المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعدا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.

وعلى هذا الأساس يعتبر الابن في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الأب وفي الدرجة الثانية بالنسبة إلى الجد الأول في حساب القرباية المباشرة. وفي حساب قرباية الحواشي يعتبر رأس النعم في الدرجة الرابعة بالنسبة إلى ابن عمه، وذلك بالصعود من الشخص حتى الأصل المشترك ثم بالنزول من الأصل المشترك حتى القريب الآخر، دون إحتساب الأصل المشترك.

أما رباط المصاهرة فتقوامه الزواج، فبالزواج تنشأ القرباية بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، وليس بين أقارب أحد للزوجين وأقارب الزوج الآخر، وهو ما عتته المادة ٣٧ مدني بالنص على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرباية والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر. وعلى هذا الأساس يعتبر أعم الزوجية وهو قريب لها بالنسب في

الدرجة الثانية، قريباً لزوجها في الدرجة الثانية كذلك، ولكنها قرابة مصاهرة، وابن عمها وهو قريبها بالنسب في الدرجة الرابعة، قريباً لزوجها بالمصاهرة في الدرجة الرابعة كذلك ... وهكذا.

وتبدو أهمية القرابة في تحديد الحقوق والواجبات العائلية، أي في تحديد ما يسمى بحقوق الأسرة، خاصة ما يتعلق منها بالارث والنفقة. بل إن للقرابة أثرها على النشاط القانوني للشخص، فمثلاً يعتبر القاضي غير صالح لتنظر الدعوى إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته مصلحة في الدعوى^(١).

٢٢٥- انتساب الشخص إلى دين معين:

الأسل هو تساوي جميع الأشخاص في الحقوق والواجبات بمصرف المظهر عن الدين الذي ينتمون إليه، غير أنه لما كانت مسائل الأحوال الشخصية في مصر ولبنان قد نزلت لحكم الشرائع الدينية وخاصة للشرعية الإسلامية في مصر، اختلفت الحقوق والواجبات التي تثبت للشخص باختلاف الدين الذي ينتسب إليه.

من تلك إباحة تعدد الزوجات بالنسبة للمسلم حتى أربع، وقصر هذا الحق على واحدة بالنسبة لغير المسلم. وإباحة الطلاق بالنسبة للمسلم وحرمان بعض غير المسلمين منه. وإباحة زواج المسلم بكتابية من غير المسلمين، وتحريم زواج المسلمة بغير مسلم.

ومن ذلك أيضاً إعتبار إختلاف الدين مانعاً من موانع الإرث في الشريعة الإسلامية^(٢) ... وهكذا.

(١) م ١١٩، ١٢٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وم ١٤٧-١٤٩ مرفعات مصري.

(٢) تنص المادة ٩ من قانون الإرث لغير المسلمين في لبنان على أن: «إختلاف الدين لا يمنع من الإرث إلا إذا كان الإرث قائماً لأحكام تمنع من الإرث بسبب إختلاف الدين».

المطلب الثاني

الاسم

٢٢٦- المقصود بالاسم وتكوينه:

الاسم هو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره، وهو يتكون من الاسم الشخصي (Prénom) واللقب (nom) وهو اسم الأسرة. واللقب يلحق الشخص عن طريق النسب، فيكون للولد لقب أبيه، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مدني بقولها «يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده». غير أن الغالب في مصر وليتان هو استعمال الاسم الشخصي مضافا إليه اسم الأب أو الجد، ولن كان استعمال اللقب قد بدأ ينتشر الآن، وقد تركه المشرع في القانون المدني المصري فنظيم اللقب لتشريع خاص (م ٣٩)، غير أن هذا التشريع لم يصدر حتى اليوم^(١).

وإذا كان الأصل أن الشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب، إلا أن العرف في بعض البلاد الغربية كفرنسا، قد جرى على اكتساب الزوجة لقب زوجها بالزواج^(٢).

٢٢٧- طبيعة حق الإنسان على اسمه:

كان من رأي فريق من الشراح أن حق الإنسان على اسمه هو حق

(١) تلمضي المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ لقصاص بالأحوال المدنية على أنه يجب أن يشمل التبليغ عن المواليد ذكر اسم الطفل ولقبه. وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون بموجب قانون الطفل رقم ٢ لسنة ١٩٩٦.

(٢) يرى بعض الشراح اللبنانيين أن هذا العرف موجود في لبنان (التيير فراحات، القانون المدني، مقدمة عامة، ص ٢٩٥). والغالب وجود مثل هذه العادة في مجال المعاملات، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة العرف في مجال العلاقات القانونية (حسن كبرى المرجع السابق، بند ٢٤٠).

ملكية، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسي، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن حق الملكية حق مالى يجوز التصرف فيه، فى حين أن الحق فى الإسم حق غير مالى ويخرج بذلك من نطاق التعامل.

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الإسم عبارة عن نظام إدارى تفرضه الدولة على الأشخاص، يمكن التمييز بينهم (Institution de po-lice) غير أنه يعيب هذا الرأي أنه يقتصر على تصوير الواقع ولا يكفه من الناحية القانونية.

والرأى الراجح الآن أن حق الانسان على إسمه هو حق من الحقوق العامة الصيقة بالشخصية ولذا فلا يجوز التصرف فيه، أو سقوطه أو اكتسابه بالتقادم.

٢٢٨- ثبات الاسم،

ما دام أن الإسم هو العلامة التى يتميز بها الشخص عن غيره، فمن مصلحة الجماعة أن يمتنع عليه التغيير أو للتبديل فيه بمحض إرادته، ولا شاعت القوضى واختلط الأمر.

غير أن مبدأ ثبات الإسم لا يمنع من تغييره إذا دعت إلى ذلك ضرورة كما لو اشتهر الشخص باسم آخر، أو كان فى الإسم ما يدعو إلى السخرية به... الخ، كل هذا بشرط مراعاة الاجراءات التى يتطلبها القانون ضماناً لجدية التغيير، وحماية للغير الذى قد يقصد بالتغيير الإضرار به، وإنتحال شخصيته أو التحايل بإسمه. ولهذا فإن القانون المصرى يتطلب لإمكان تغيير الإسم صدور حكم قضائى بذلك، أما نصحيح الخطأ المادى فمن إختصاص سلطة الأحوال الشخصية (م ٣٦ من قانون الأحوال المدنية) (١).

(١) لم يتعرض المشرع الليتانى إلا لعالة تصحيح الاسم، فغطه من إختصاص القضاء (م ٢١ من المرسوم رقم ٨٨٣٧ بتاريخ ١٥ كانون الثانى سنة ١٩٣٢)، وقياساً على ذلك يصح القول بأن تغيير الاسم يكون من إختصاص القضاء أيضاً.

٢٢٩- حماية الاسم:

لما كان الاسم حقاً من حقوق الشخصية، وجب حمايته من أي اعتداء عليه. والإعتداء على الاسم من قبل الغير يكون بالمنازعة فيه أو إنتهائه لنفسه أو إستعماله على أي وجه كان، وهو ما نصت عليه المادة ٥١ مذكى بعولها لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن إنتهك الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

أي أن حماية الاسم تكون برد الإعتداء عليه من ناحية، وتعمييض صاحبه عما أصابه من ضرر مادي أو أدبي بسبب هذا الإعتداء من ناحية أخرى.

والحماية القانونية للاسم لا تقتصر على الاسم الحقيقي للشخص، بل تمتد كذلك إلى اسم الشهرة (surnom) أو إلى الاسم المستعار (pseudonyme)، الذي يتخذه الشخص عند مزولة بعض أوجه النشاط الفنى أو الأدبي، لأنهما من الملامك المميزة للشخص كـ الاسم الحقيقي.

٢٣٠- الاسم التجاري:

الاسم التجارى (nom commercial) هو الاسم الذى يتخذه التاجر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، ليميز به محله التجارى. ويعتبر الاسم التجارى عنصراً من عناصر المحل التجارى ويعقد به فى تقويمه.

والحق على الاسم التجارى - بعكس الحق على الاسم الشخصى - حق مالى، ولذا يجوز التصرف فيه، وهو ما يحدث عند بيع المحل التجارى.

هذا وقد يقع أن يكون اسم المحل التجاري هو الاسم الخاص لمصاحبه، وفي هذه الحالة يكون المقصود بالنصرف فيه هو السماح فقط بإسعماله كعنوان للمحل التجاري مع إضافة كلمة خلف أو خلفاء مدعاً للإشهاد . ويحمي القانون الاسم التجاري حمايته للأسم الخاص، فيمنع أي اعتداء عليه، سواء كان بالمنازعة فيه أو بانتحاله .

المطلب الثالث

الموطن

٢٢١- التعريف بالموطن وتحديد

يقصد بالموطن (Le domicile) المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية، فإليه توجه الأوراق المطلوب إعلاؤه بها كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى، وإليه يرجع في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، أو في تحديد مكان الوفاء بالالتزام وبعبارة موجزة يعتبر للموطن المقر القانوني للشخص .

ويفترق الموطن عن محل الوجود (La résidence) الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة، كالإقامة في فندق بضعة أيام أثناء السفر، في أن الأخير لا يعتبر مقراً قانونياً له .

ويتخذ في تحديد الموطن بأحد تصويرون هما: التصوير الحكي والتصوير الواقعي .

والتصوير الحكي قوامه المركز الرئيسي للشخص، الذي يقوم فيه

بإستيفاء ما له وإيفاء ما عليه، ولا بجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بشؤون نفسه، حتى ولو لم يكن موجهاً فيه في غالبية الأحيان، وهذا هو التصوير الذي أخذ به القانون الفرنسي. ويترتب عليه أن لكل شخص موطن، وأن ليس للشخص أكثر من موطن واحد.

أما التصوير الواقعي فتقوامه الإقامة الفعلية للشخص، وهذا هو التصوير الذي أخذ به المشرع المصري بما قرره من أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة (م ١/٤٠ مدني)، أي المكان الذي يتحقق فيه معنى الاستقرار والإقامة المستمرة ولو تخللتها غيبة. ويترتب على الأخذ بهذا التصوير الواقعي أن الشخص قد لا يكون له موطن ما كما في حالة البدو الرحل، أو أن يكون للشخص أكثر من موطن كمن له زوجتان أفرد لكل منهما مكاناً مستقلاً (م ٢/٤٠ مدني).

٢٢٢- أنواع الموطن:

الموطن على نوعين: موطن عام (domicile général) وتقوامه فكرة الإقامة المعتادة على النحو السابق للذكر. وموطن خاص (domicile spécial) وهو يوجد بجانب الموطن العام، ويكون مقراً قانونياً للشخص بالنسبة لنشاط أو معاملات معينة على وجه التحديد، وذلك بقصد التيسر على الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات.

وللموطن للخاص أكثر من صورة، فهناك موطن الأعمال، وموطن ناقص الأهلية، والموطن المختار.

٢٢٢- موطن الأعمال:

تلص العامة ٤١ مدني على أنه «يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة».

فهذا المواطن يعتبر موطناً خاصاً بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي يزاولها الشخص، أما ما عدا ذلك من أوجه نشاطه فالعبرة بالنسبة إليها بالمواطن العام.

هذا ويلاحظ أنه لا يقتصر مدلول لفظ الحرفة على معناها الضيق كاللحامه مثلاً، بل ينصرف إلى باقي المهن الحرة كالطب، المحاماة مثلاً.

٢٢٤- **مواطن خاص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلاً لمباشرة من تصرفات،**

إذا كان مواطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عنه قانوناً (م ٤٢/١ مدني)، وهذا هو ما يعرف بالمواطن القانوني أو الإلزامي. إلا أنه بجانب هذا المواطن القانوني - وهو بعد للمواطن العام بالنسبة إلى القاصر - يوجد مواطن خاص بالنسبة لهذا الأخير إذا بلغ ثمانى عشرة سنة، وذلك بالنسبة إلى التصرفات التي يعتبره القانون أهلاً كمباشرتها. وهذا المواطن الخاص يقوم القاصر بتحديدته تحديداً إرادياً، فقد يكون محل إقامته المعتادة وهذا هو الأصل، وقد يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ تصرف قانوني معين. وعلى هذا نصت المادة ٤٢ مدني في فقرتها الثانية فقرت «ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ومن في حكمه مواطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها».

٢٢٥- **المواطن المختار**

المواطن المختار هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين (م ٤٣/١ مدني). ولا يجوز إثبات وجود هذا المواطن إلا بكتابة (م ٤٣/٢ مدني) سواء تم اختيار هذا المواطن بمقتضى عقد أو بالإرادة المنفردة للشخص.

والمواطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو المواطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا للمواطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣/٣ مدني).

ومثال المواطن المختار أن يختار شخص مكتب أحد المحامين مرتبطاً به لكي يعلن فيه كل ما يتعلق بأمر تنفيذ عقد أبرمه مع شخص آخر^(١).

المطلب الرابع

الذمة المالية

٢٢٦- التعريف بالذمة المالية وأهميتها،

الذمة المالية (Le Patrimoine) هي مجموعة قانونية تتضمن ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات مالية. وهي على هذا النحو فتكون من جانبين: جانب إيجابي ويشمل حقوق الشخص المالية، وجانب سلبي ويشمل الإلزامات الشخص المالية. فإذا زاد الجانب الإيجابي على الجانب السلبي كانت الذمة دائنة، وإذا كان العكس أي زاد الجانب السلبي

(١) لذا كان الاما، أن اتخاذاً لمواطن مختاراً لمدرجته في اللائحة، إلا أن القانون في بعض الحالات قد يلزمه باتخاذ هذا المواطن، من ذلك ما تضمنه المادة ٣٠ من قانون الشجر العقاري المصري من أنه يجب على الدائن الذي يكون صاحب حق عيني عقاري تبعي يشهر بطريق القيد أن يعلن موطناً مختاراً في دائرة المحكمة التي يقع في اختصاصها المقر محل الحق.

وما نص عليه المادة ٢/٧١ من قانون المرافعات المصري من أن وعلى الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة أن يختار له موطناً فيه..

وما تضمنه به قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني من أنه يجب على كل من المدعى والمدعى عليه أن يختار مقاماً في منطقة المحكمة إذا لم يكن مقيماً فيها (م ٣٨٦ و٣٨٧ و٣٨٩).

على الجانب الإيجابي كانت للذمة مدينة، ويعتبر صاحبها في حالة إصرار إنا كان غير ناجح وفي حالة إفلاس إنا كان ناجحاً.

والذمة على النحو السابق تحديده لا تتضمن إلا الحقوق والالتزامات المالية، فيستبعد منها الحقوق غير المالية كالحقوق العامة مثلاً، والواجبات غير المالية كالواجب المفروض على الكافة باحترام الغير.

وأهمية الذمة المالية تتضح في أن لكل شخص ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أي حق أو عليه أي إلزام كالطفل وقت ولادته.

وأن الذمة تكون ما يسمى بالضمان العام الذي للدائنين بمعنى أن مجموع حقوق المدين المالية يصنع مجموع إلتزاماته المالية، ولهذا السبب وجدت فكرة الذمة المالية، إذ لو وقع الإلتزام على مال معين من أموال المدين، لصعب على المدين التصرف فيه، لأن الناس قرع عن مال محمل بالإنزاع لمصلحة الغير، أما مع وجود فكرة الذمة المالية، فإن الإلتزام يقع على مجموع أموال المدين ولا يستقر على أحدها، وبذا يستطيع المدين أن يتصرف فيه خالياً من كل تكليف أو إلتزام لمصلحة الغير. وللخلاصة أن الإلتزامات المدين تضمنها ذمة المالية أي الجانب الإيجابي منها أي جميع أمواله الحاضرة وقت نشوء هذه الإلتزامات، وجميع أمواله المستقبلية أي التي يكتسبها بعد ذلك، ولا تضمنها مال معين بالذات من أمواله. وبناء على هذا الضمان العام يستطيع أي دائن التنفيذ على أي مال من أموال المدين، وفي حالة تعدد الدائنين وتزاحمهم يوزع ثمن بيع أموال المدين بينهم وفق قاعدة قسمة الغرماء، أي لا يفضل أحدهم على الآخر في إستيفاء دينه.

المبحث الثالث

الأهلية

٢٢٧- موضوعات البحث:

سنتناول بمناسبة دراسة الأهلية البحث بإيجاز في مبادئ الأهلية، ثم في
الموامل التي تتأثر بها أهلية الأداء وهي: السن، وعوارض الأهلية، وموانع
الأهلية^(١).

المطلب الأول

مبادئ الأهلية

٢٢٨- أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

ينصرف إصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب (Capacité) و
تارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء (Capacité d'exercice) de jouissance
وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو إنعالمها أو نقصها أهلية الأداء لا
أهلية للوجوب، لأنه إذا إنعدم أهلية للوجوب فلا يتصور البحث في أهلية
الأداء.

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالعقوق وتحمل للواجبات
التي يقررها القانون، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية، ولذا تثبت
للإنسان من وقت ولادته إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت له قبل
الولادة أي عندما يكون جنينا، فيكون له الحق في الميراث من مورثه وفي
الوصية ممن يوصى له.

(١) راجع في شأن الأهلية، مؤلفنا في النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ٥٩ وما بعده.

والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة، إلا أنها في بعض الحالات قد تكون متدنية وفي حالات أخرى قد تكون ناقصة، فهي متدنية بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المذني في المراتع التي كانت تبيح لذلك، وفي لرهبة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية، وهي ناقصة بالنسبة لبعض الأشخاص كالأجناس الذين يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق كالحق في تملك الأراضي الزراعية (قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ في مصر).

أما أهلية الأبناء فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو تافئة أو معدومة. فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص، وإذ كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال، وإذا كانت معدومة كان التصرف مطلقاً البطلان.

٢٢٩- اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام،

أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد، إلا أنها تمس الأفراد في مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها، فلا يجوز للشخص مثلاً أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها، وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ مدني بقولها «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها». وبناء على هذا النص يقع باطلاً كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص، أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش، إذ يكون للمعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعريض، كإدعاء الشخص كمال الأهلية وتقديمه شهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد (م ١١٩ مدني).

٢٤٠- عيب إثبات عدم الأهلية أو نقصها:

تنص المادة ١٠٩ مدنى على أن لكل شخص أهل للتعاقد ما لم تستلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون. والذي يستخلص من هذا النص أن عيب اثبات نقص أو إنعدام الأهلية على من يدعيه، فإذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغية للتوصل إلى إبطال العقد كان عليه إثبات هذا الإدعاء. هذا ولما كانت القاعدة أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت العكس، وأن المتعاقد غير ملزم بإعلان نقص أهليته، وجب على كل متعاقد أن يؤكد من كمال أهلية من يتعاقد معه، وإلا تحمل تبعه تقصير إذا أبطل العقد لنقص الأهلية.

المطلب الثاني

العوامل التي تتأثر بها الأهلية

٢٤١- بيان هذه العوامل:

تتأثر أهلية الأداء بالسن، كما تتأثر بعوامل أخرى هي صوارض الأهلية، وموانع الأهلية، وسنبعث في كل من ذلك على حدة.

١- السن

٢٤٢- تدرج الأهلية وفقاً للسن:

مناط أهلية الأداء هو التمييز والتمييز يتأثر بالسن. وقد حدد أمشوع المصري سن التمييز بسبع سنوات، فقرر في المادة ٢/٤٥ مدنى أن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر قاصداً للتمييز. أما في القانون اللبناني

فلا يوجد نص مماثل، ولذا يكون للقاضي في هذا القانون تقدير وجود التمييز من عدمه في كل حالة على حدة دون التقيد بمن معين .

وفقد التمييز ليست له أهلية أداء، ولذا لا يستطيع مباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية ولو كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبول الهبة (م/١٤٥ و ١١٠ منى، وم/٢١٦/١ موجبات وسقوط لبدانى) .

فإذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات، وعلى هذا نصت المادة ٤٦ منى بقولها «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سقيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» .

والتصرفات التى لناقص الأهلية مباشرتها تناولها المشرع المصرى فى المادة ١١١ التى تنص على أنه ١- إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً مخصصاً. ٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه من الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون» .

وظاهر من هذا النص أن تصرفات ناقص الأهلية النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة تقع صحيحة، أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالتبرع السامر منه ف تقع باطلة، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والجاره فتكون قابلة للإبطال .

وتتفق أحكام القانون اللبنانى فى شأن تصرفات الصبى المميز مع

أحكام القانون المصري، غير أنه بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وهي قابلة للإبطال دائماً في القانون المصري، فإن القانون اللبناني يفرق في شأنها بين قرضين: الأول أن يكون التصرف خاصاً في إبرامه لمعاملة خاصة، بمعنى أنه إذا كان التصرف لا يستطيع الولي أو الوصي إبرامه إلا بإذن من المحكمة لبيع العقار، فإن مثل هذا التصرف إذا أجراه القاصر بنفسه يجوز إبطاله ولو لم ينطو على غبن. الثاني: أن يكون التصرف غير خاص في إبرامه لمعاملة خاصة، بمعنى أنه إذا كان التصرف يستطيع الولي أو الوصي إبرامه دون الرجوع إلى المحكمة، فإن هذا التصرف إذا أبرمه القاصر بنفسه لا يهرز إبطاله إلا إذا كان منطوياً على غبن، يكفي في هذا الشأن التنبؤ اليسير (م ٢١٦/٢ و ٣ موجهات).

٢٤٢- الاستثناءات من القاعدة العامة في شأن أهلية الصبي المميز

رأينا أن القاعدة العامة في شأن أهلية الصبي المميز تقوم على أساس التفرقة بين أنواع ثلاثة من التصرفات: التصرفات النافعة نفعاً محضاً وهي صحيحة، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً وهي باطلة بطلاناً مطلقاً، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للإبطال أي باطلة بطلاناً نسبياً.

غير أنه استثناء من هذه القاعدة منح المشرع الصبي للمميز أهلية أداء كاملة في حالات معينة بالنسبة لتصرفات كانت ممنوعة عليه، من ذلك.

أولاً- أن القانون أجاز للقاصر أن يتصرف فيما يملك له أو يوضع تحت تصرفه من مال لأغراض نفقه، وقرر صحة التزلمه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال في مصر).

ثانيا- أجاز القانون للقاصر إبرام عقد العمل الفردي، وإن أعطى للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحته أو مستقبه أو لمصلحة ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) . ومنحه إذا بلغ السادسة عشرة من عمره أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره بشرط ألا يتعدى، أثر إلزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

ثالثا- إذا أذنت المحكمة في زواج للقاصر الذي له مال، كان ذلك إذناً في التصرف في المير والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) .

رابعا- أجازت المادة الحامسة من قانون الوصية في مصر، لمن نفع من العمر ثمانى عشرة سنة ميلاديه أن يوصى، وتكون وصيته جائزة، متى أذنت المحكمة بذلك. وصلة هذا الاستثناء أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فن تلحق ضرراً بمال للوصى حال حياته، وإن في اشتراط اذن المحكمة رقابة كافية على سلامة التصرف.

خامسا حالة القاصر المأثور: إذا بلغ القاصر ثمانية عشرة سنة في القانون المصرى فيجوز أن يؤذن في تصلم أمواله لأدارتها (م ١١٢ منقضى)، ويجوز أن يؤذن له في الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الإذن في الإدارة من الولي بأشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال)، أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى (م ٥٥ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الإذن في الاتجار من المحكمة (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) .

أما في القانون اللبناني فالإذن للقاصر المميز غير مقيد ببلوغه سنا

معيضة، كما أنه غير مقيد بنوع معين من التصرفات، فيجوز الإذن في ممارسة التجارة أو الصناعة (م ٢١٧ موجبات)، كما يجوز مد الإذن إلى غيرهما (م ٩٦٩ وما بعدها من المجلة). ويكون الإذن في القانون اللبناني من الأب أو وصيه المختار، وإلا فمن الجد الصحيح أو وصيه المختار، وإلا من القاصي إذا امتنع أي من هؤلاء (م ٩٧٤ و ٩٧٥ مجلة).

ويجوز في القانونين المصري واللبناني الرجوع في الإذن أو سحبه من قبل من إصداره، إذا تبين سوء تصرف القاصر فيما بعد (م ٥٤ من قانون الولاية على المال وم ٩٧٢ و ٩٧٣ مجلة).

٢٤٤- سن الرشد:

من الرشد في القانون المصري هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٢/٤٤ مدني)، وفي القانون اللبناني ثعنتي عشرة سنة.

وإذا بلغ الشخص من الرشد متمتعاً بغير العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة كافة التصرفات القانونية (م ١/٤٤) سواء كانت نافعة نفقاً محضاً أم منارة ضرراً محضاً أم ثلثة بين النفع والضرر.

وترفع الولاية أو الوصاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرارها (م ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال).

٢- عوارض الأهلية

٢٤٥- بيان العوارض:

قد يعثر الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية،

فيؤدي ذلك إلى فقد أهليته أو نقصها على حسب الأحوال. وعوارض الأهلية هي الجنون والعمه والسفه والغفلة. ويشارك الجنون مع العمه في أنهما يحسمان الأهلية، ويشارك السفه مع الغفلة، في أنها يؤديان إلى الإنقاص منها فقط، وذلك في القانون المصري.

٢٤٦- الجنون:

الجنون مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل، وقد يستوعب الجنون كل أوقات المريض به، وهذا هو الجنون المطبق، وقد يمن المريض فترة من الزمن، ويفيق أخرى، وهذا هو الجنون المنقطع. والأصل بطلان تصرفات المجنون لاتعلم التمييز دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه. إلا إذا وقعت هذه التصرفات في فترة إضافة فتعتبر صحيحة بشرط أن يكون بالغاً من الرشد، وهذا هو الحكم في القانون اللبناني (م ٩٤٤ و ٩٥٧ و ١٧٩ و ٩٨٠ من المتجلة).

أما في القانون المصري فقد نصت المادة ١١٤ من التقنين المدني على أنه ١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حاله الجنون أو لعمه شائعة وقت التعاقد، أو كان لطرف الآخر على بيئة منها.

فوفقاً لهذا النص يفرق بين التصرفات التي يأتيها المجنون بعد تسجيل قرار الحجر، والتصرفات التي يأتيها قبل تسجيله.

فالتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تقع باطلة، أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فلا تبطل إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت صدور التصرف أو كان الطرف الآخر على علم بها، وعبء إثبات شيرع حالة الجنون وقت التعاقد أو علم المتعاقد الآخر بها على من يدعى

بإعلان العقد لإنعدام الإرادة بسبب الجنون، ويمكن في هذه الحالة الاستعانة بالقرائن كما لو كان التصرف قد صدر من المجنون لزوجته، إذ يفترض علم الزوجة بمرض زوجها. أما إذا لم يكن الجنون شائعاً وقت التعاقد أو لم يثبت علم المصرف الأخير به، فلا يبطل تصرف المجنون الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، والقصد من ذلك هو رغبة المشرع في ضمان إستقرار المعاملات.

٢٤٧- الفقه:

المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يئتم. وقد أُلحِقَه المشرع المصري في الحكم بالمجنون (م ١٦٤ مدني)، فجعل تصرفاته اللاحقة تسجيل قرار الحجر باطله، أما تصرفاته السابقة على تسجيل قرار الحجر الصحيحة إلا إذا ثبت أن حالة العته كانت شائعة وقت التعاقد أو أن المتعاقد الآخر كان على علم بها.

أما في القانون اللبناني فلا يعتبر العته معدماً للتمييز، ولذا يأخذ المعتوه حكم الصبي المميز (م ٩٧٨ مجلة)، دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه (م ٩٥٧ مجلة).

٢٤٨- السفه والغفلة:

السفيه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة. وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الربحية فيخين لسلامة قلبه.

والقانون المصري يعتبر الغفلة عارضاً مستقلاً عن السفه، أما

القانون اللبناني فيعتبر الغفلة نوعاً من السفه (م ٩٤٦ مجلة (١)، وعلى كل حال فالحكم واحد بالنسبة إلى هذين للمرضيين سواء في القانون المصري أم في القانون اللبناني.

ويفرق القانون المصري فيما ينطق بالتصرفات الصادرة من ذي الغفلة والسفيه بين التصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر عليه، وبين التصرفات السابقة على تسجيل هذا القرار.

فبالنسبة للتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تنص المادة ١/١١٥ مدني على أنه «إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المتميز من أحكام». ومعنى ذلك أن التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كالإتهاب تقع صحيحة، أما الضارة به ضرراً محضاً كالتهرج الصادر منع فتقع صحيحة، أما ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والإجارة فتكون قابلة للإبطال (٢).

(١) أما قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية فيعتبر الغفلة عارضاً مستقلاً عن السفه (١١٩م و ١٢٣م و ١٢٤م و ١٢٥م)، وهو يتفق في هذا مع القانون المصري.

(٢) يستلزم من هذه الأحكام ما تضمنه به المادة ١/١١٦ مدني من أنه «يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بقوسية مسجداً، متى أذن له المحكمة في ذلك».

وما تضمنه به هذه المادة في فقرتها الثانية في شأن أعمال الإدارة من أنه «وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، لماؤن له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون» وحكم هذه الفقرة وإن تكلم عن السفه فقط إلا أنه يتصرف كذلك إلى ذي الغفلة، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بقولها: «يجوز للمحموز عليه للسفه أو الغفلة، بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن التكميل للأذن».

أما التصرفات السابقة علم، تسجيل قرار الحجر فقد تناولتها المادة ٢/١١٥ مدني بقولها «أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ». ومعنى هذا النص أن الأصل في تصرفات السفه وثى الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون صحيحة، إلا إذا كانت نتيجة الاستغلال أو التواطؤ، ذلك أن السفه أو ذى الغفلة كثيراً ما يلجأ - كما ما توقع الحجر عليه - إلى تبديد أمواله بالتواطؤ مع الغير، أو يفتك الفرصة ما يعانيه من نقص بسبب السفه أو الغفلة، فيستغل هذا النقص ليتزاد أمواله، فرد المشرع هذا القصد بتقرير بطلان تصرفاته في هذه الحالة إذا كانت من قبيل التبرعات، أو بإمكان إبطالها إذا كانت من المعاوضات.

وفي القانون اللبناني تأخذ تصرفات السفه أو ذى الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز إذا صدرت بعد إعلان قرار الحجر (م ٩٦١ و ٩٦٢ و ٩٦٠ من الفقرة). أما قبل إعلان قرار الحجر فتأصل أن تعتبر صحيحة، إلا أنه وفقاً للمبادئ العامة من أن الفس يفسد كل تصرف، فيمكن اعتبارها باطلة أو قابلة للإبطال إذا صاحبها إستغلال أو تواطؤ، بالرغم من خلو القانون اللبناني من نص خاص في هذا الشأن.

٢- موانع الأهلية

٢٤٩- بيان الموانع:

قد يوجد الشخص بالرغم من إكتمال أهليته في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه إدارام هذه التصرفات أو يساعده في إتمامها. وهذه الموانع هي: الغيبة وهي مانع منى، والمكهم بمقومة جنابة وهي مانع قانوني، والعاجة وهي مانع طبيعي.

٢٥٠- الغيبة.

الغيبة مانع مآدى يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم إكتمال أهليته. وينصرف إصطلاح الغائب في القانون المصري الى: ١- للمفقود وهو من لا تعرف حياته من مماته. ٢- من لا يعرف له موطن أو محل إقامة رغم التيقن من حياته. ٣- من له موطن أو محل إقامة خارج مصر ويستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه في إدارتها (م ٧٤ من قانون الولاية على المال).

وإذا انقضت مدة أو أكثر على غياب الشخص وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أقامت المحكمة وكيلاً عنه يتولى شؤونه (م ٧٤). وإذا كان الغائب قد ترك وكيلًا هامًا فتحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط لواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره (م ٧٥ من قانون الولاية على المال).

وفي القانون اللبناني لم تكتف من النصوص القائمة في هذا الشأن^(١) إلا لحالة الغائب المفقود، فإذا كان قد ترك وكيلًا من قبل النقص فتستمر وكأنه إلا إذا استبان خيانه أو تفصيله، وإذا لم يدرك وكيلًا، فتعين المحكمة عنه وكيلًا.

وينتهي الشراح إلى تطبيق نفس هذه الأحكام إلى حالة الغيبة غير المصرية بالفقد، رعاية لمصالح الغائب^(٢).

(١) راجع المواد ١٢٧ إلى ١٣٣ من قانون الأحوال الشخصية للطفلة الدوزية.

(٢) حسن كثيرة، المراجع السابق، بند ٢٥٨، عهد المدعم قصده، المراجع السابق، بند ٣٣١.

٢٥١- الحكم بعقوبة جنائية:

المحكوم عليه بعقوبة جنائية هو في الأصل شخص كامل الأهلية، إلا أن الضرورة تقضى بتعيين نائب له يرفع مصالحه. ولذا نص المشرع المصري في قانون العقوبات (م ٢٥) على أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية مدجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة، ويعين له فيما يختاره المحكوم عليه وقرره المحكمة فإن لم يعمل عينته المحكمة، بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في هذا الشأن.

ويتولى القيم أعمال الإدارة، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن من المحكمة. وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة العقوبة أو الإفراج عنه، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

وفي القانون اللبناني تقضى المادة ٥٠ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الإعتقال، يحرم من إدارة أمواله أو التصرف فيها، ولا يسلم إليه أى مبلغ من دخله فيما عدا المبالغ التى تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون. ويتولى أعمال الإدارة والتصرف عنه وصى يعين وفقاً لقانون الأحوال الشخصية.

٢٥٢- العاهة:

تعتبر العاهة بشروط معينة مانعاً من موانع الأهلية في القانون المصري، فقد يكون الشخص كامل الأهلية، ولكنه يكون عاجزاً عن التعبير عن إرادته لعلل جسمانية، فتعين له المحكمة مساعداً قضائياً: ١- إذا إجمعت فيه عاهتان من عاهات ثلاث وهى العمى والبكم والصمم. ٢- أو إذا كان يخشى من انفراجه بالتصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد كالشلل

الوصفي، مثلاً (م ١١٧ مدني وم ٧٠ من قانون الولاية على المال) وإذا تصرف الشخص بعد تسجيل قرار المساعدة كان تصرفه قابلاً للإبطال^(١).

الفرع الثاني

الشخص المعنوي أو الاعتباري

٢٥٢- الحاجة إلى الشخصية المعنوية

رأينا أن الشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته، فالإنسان هو الشخص في نظر القانون، غير أنه ليس بالشخص الوحيد، بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري (La personne morale). ذلك أن الإنسان أي الشخص الطبيعي عاجز لمنح قراء، وقلة موارده، وقصر عمره، عن تحقيق الأغراض الاجتماعية الكبرى التي تتطلب مجهراً كبيراً، ومالاً وفيراً، ووقتاً طويلاً، بل هو مضطر إلى ضم نشاطه إلى نشاط غيره ليكون من مجموعها قوة لا يجري إليها الفناء بسرعة، تستطيع الإضطلاع بأعباء ثقل من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية. فالحاجة هي التي دفعت الإنسان إلى إسناد جهوده إلى جهود غيره وإنشاء جماعات

(١) لا يعتبر المساعد القضائي قائماً بمن تقرر مساعدته إلا في حالة واحدة، وهي الحالة التي ذكرتها الفقرة الأخيرة من المادة ٧١ من قانون الولاية على المال من أنه إذا كان عدم قيام للشخص الذي تقرر مساعدته قبيلها بتصرف معون يمرض أمواله للخطر، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة، ولها أن تأمر بعد التحقيق بالانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف، إذ في هذه الحالة فقط يتعد التصرف بإرادة المساعد القضائي الذي يعتبر في حكم النعيم، أما في غير ذلك من الحالات فيتعد التصرف بإرادة صاحب الشأن ويتصرف تصرف المساعد القضائي على ترجمة هذه الإرادة.

تؤمن له أغراضه العلمية أو الرياضية أو الفنية أو الاقتصادية والمالية، هذه الجماعات قائمة وعلى المشرع أن ينظمها، أو يعترف بوجودها، وهو ما فطه للمشرع المصري في المواد ٥٢ إلى ٨٠ من القانون المدني^(١).

٢٥٤- التهريف بالشخص المعنوي:

الشخص المعنوي أو الاعتباري هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تقم لتحقيق غرض معين، ويمثلها القانون الشخصية لتحقيق ذلك. والشخص المعنوي كما هو ظاهر من هذا التعريف إما أن يكون مجموعة أشخاص كالدولة والجمعية والشركة، وإما مجموعة أموال كالمؤسسات. والمؤسسة هي رصد مال بغية تحقيق ورعاية غرض معين، كرصد مال لإنشاء مستشفى أو مدرسة مثلاً، أي أن العبرة في المؤسسة بالفرض والمال المحبوس على تحقيقه.

٢٥٥- تقسيمه:

سنحاول في دراستنا للشخص المعنوي للكلام في: ١- مدى

(١) بجانب أحكام القانون المدني، توجد في مصر تشريعات خاصة تنال بالتشريع بعض أنواع الشخص المعنوي، كالتعاون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة.

أما في القانون اللبناني فلا توجد نظرية عامة للشخص الاعتباري كما في القانون المصري، ولكن توجد بعض القوانين المتعلقة ببعض أنواع الشخص الاعتباري، من ذلك قانون الجمعية العماني في ٢٩ رجب ١٣٢٧ و٣ أغسطس سنة ١٩٠٩، وقانون الجمعيات التعاونية الزراعية في ١٨ آب سنة ١٩٦٤، هذا بجانب التنظيم لقانون الشركات.

الشخصية المعنوية . ٢- إبتداء وإنهاء للشخصية المعنوية . ٣- أنواع الشخص المعنوي . ٤- مظاهر الشخصية المعنوية .

المبحث الأول

مدى الشخصية المعنوية

٢٥٦- أهلية وجوب الشخص المعنوي:

إذا كان الشخص الاعتباري يتساوى مع الشخص الطبيعي في مبدأ الشخصية أى في مبدأ الصلاحية لإكتساب الحق وتعمل الواجب، إلا أنه نظراً لإختلاف طبيعة كل منهما فإن مدى أهلية الوجوب المقررة للشخص الاعتباري أضيق نطاقاً من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعي، ويرجع ذلك إلى عاملين هما: طبيعة تكوين الشخص الاعتباري من ناحية، وخضوع الشخص الاعتباري لمبدأ التخصص من ناحية أخرى.

فأما عن طبيعة تكوين الشخص المعنوي، فإنه باعتباره مجموعة من الأشخاص أو الأموال، لا يتصور أن تثبت له الحقوق والالتزامات اللازمة لسعة الإنسان المادية، وهو ما قرره المادة ٥٣ من قانون الأشخاص الاعتباري بمنع جميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لسعة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون .

وعلى هذا النحو لا يتصور أن تثبت له حقوق الأسرة وما ينفرع عنها ولو كان ذلك حقاً مالياً كحق الإرث، كما لا تثبت له الحقوق والواجبات التي تستند إلى الكيان الجسدي، كالحق في سلامة الجسم أو في أداء الخدمة العسكرية. أما للحقوق المتصلة بالكيان الأبدي فإن طبيعته لا تستعصى عليها، لأن له الحق في الاسم وفي السعة.

أما الحقوق للسياسية، وقوامها الحق في المشاركة في الحكم، فيرى البعض قصرها على الإنسان الطبيعي لأنها حقوق ملازمة للصفة الإنسانية. وتكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس في طبيعة هذه الحقوق ما يحكم قصرها على الإنسان، بل أنه من المنصور أن تتم المشاركة في الحكم من جانب بعض أنواع الشخص المعنوي^(١).

وأما عن مبدأ التخصص، فإنه إذا كان الشخص الطبيعي يستطيع أن يوجه نشاطه أية وجه يريد ما دام لا يخرج عن النظام العام والآداب، وتثبت له بالتالي الصلاحية لكسب الحقوق وتعمل الواجبات عامة دون تحديد. فإن الشخص المعنوي لا يستطيع أن يوجه نشاطه إلا في إطار اختصاص معين، ولذا لا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتعمل الواجبات إلا بالقدر اللازم هذا الفرض.

وتخصص الشخص المعنوي يتحدد بما يبينه سند إنشائه، أو بما يقرره القانون، وقد نصت على ذلك المادة ٥٣/٢ ب مدني بقولها أن للشخص الاعتباري «أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون». فالجمعية تخصص قانوناً بعدم السعي للحصول على ربح مادي، ثم تخصص في سداد إنشائها بفرض أكثر تحديداً كإحياء تراث وطني ما.

ونتيجة أن يكون للشخص المعنوي حق التقاضي لحماية هذا الفرض (م ٥٣/٢ ج مدني).

(١) راجع حسن كبيرة، المرجع السابق، بند ٢٦٥، صود للنعم السيد، المرجع السابق، بند ٢٢٦.

المبحث الثاني

إبتداء وانتهاء الشخصية المعنوية

٢٥٧- بدء الشخصية المعنوية:

يتم فف اكتساب الشخصية المعنوية على إعراف الشارع بها، وندعى أنه يسبق هذا الإعراف أن يتم تكوين الشخص المعنوى وفقاً للشروط التى يتطلبها القانون.

والإعراف بالشخص المعنوى قد يكون إعرافاً عاماً وقد يكون إعرافاً خاصاً.

والأصل فى القانون المصرى - وكذلك فى القانون اللبنانى - (١) هو الاعتراف العام، ويتحقق هذا الإعراف العام بأن يصنع المشرع مسبقاً شروطاً عامة إذا تحققت فى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو هذه المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون دون حاجة إلى إذن خاص بذلك. وهذا ما قرره المادة ٥٢ من القانون المبلى بالنسبة للجمعيات، والشركات التجارية والمدنية، والأوقاف والمؤسسات... الخ.

أما الإعراف الخاص - وهو الإستثناء فى القانونين المصرى واللبنانى - فيتطلب لإكتساب الشخصية المعنوية صدور إذن خاص

(١) راجع المادة ٢ من قانون الجمعيات العلمانية، والمادة ٢ من قانون الجمعيات التعاونية.

ونظر تعداد الأشخاص الاعتبارية فى قانون تصرف الأشخاص المخويين بالأموال غير

المنشولة الصادر بتاريخ ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ.

بذلك، بالنسبة إلى كل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال على حدة، إذا كانت هذه الجماعة أو هذه المجموعة لا تدخل تحت صورة من الصور التي ذكرها القانون، وهذا هو ما حدته المادة ٦/٥٢ منى بقولها، كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون، ومن الأمثلة على ذلك الاعتراف للجنة العليا للإصلاح الزراعى فى مصر بالشخصية المعنوية فى قانون خاص.

٢٥٨- انتهاء الشخصية المعنوية:

تنتهى الشخصية المعنوية بأسباب مختلفة: فقد تنتهى بإنقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتبارى فى سداد إنشائه، وقد تنتهى بتحقيق الغرض الذى أنشأت من أجله، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلًا، وقد تنتهى بموت كل من الأفراد أعضاء الشخص الاعتبارى إذا كان جماعة من الأشخاص أو بإنقراض كل المنتفعين بالغرض منه إذا كان مجموعة من الأموال، وقد تنتهى إذا نزل عدد أعضائه عن الحد الأدنى الواجب توافره^(١).

وقد ينقضى الشخص المعنوى إنقضاء إختيارياً، إذا كان جماعة من الأشخاص، وأتفق جميع الاعضاء على حله، أو قررت ذلك الاغلبية التى يتطلبها القانون لحله.

(١) لا يجوز فى القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء فى شركات المساهمة عن مئة. ولا يجوز أن يقل عدد أعضاء الجمعية إذا كانوا أشخاصاً طبيعيين، عن عشرة (المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة).

لا يجوز فى القانون اللبنانى أن يقل عدد المؤسسين للشركة المغفلة (المساعمة) عن ثلاثة (م ٧٩ تجارى)، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعية التعاونية عن عشرة (م ١٠ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤).

وأخيراً قد ينتهي الشخص المعنوي إنقضاءً إجبارياً من قبل سلطة التشريعية إذا قررت إلغاء طائفة من طوائف الشخص المعنوي بصفة عامة، أو بإلغاء شخص معنوي معين إكتسب شخصيته عن طريقها. وقد يكون الإنقضاء الإجباري بحكم من القضاء إذا خالف الشخص المعنوي القانون أو النظام العام والآداب، أو بقيام السلطة التنفيذية أو الإدارية بسحب الترخيص الذي أكسبه للشخصية في الأحوال التي يعينها للقانون^(١)

وإذا إنقضى الشخص المعنوي وجب تصفية ذمته المالية بتسديد ديونه من أمواله، ويوزع الباقي منها طبقاً لما يقرره مدد إنشائه، أو طبقاً لما يقضى به قرار الحل. وقد تقتضى تصفية ذمته المالية، الإبقاء على شخصيته طوال فترة التصفية وبالفدر اللازم لانتمها.

المبحث الثالث

أنواع الشخص المعنوي

٢٥٩- تقسيم الشخص المعنوي إلى عام وخاص،

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين: أشخاص عامة، تخضع بالناتى لأحكام القانون العام، وأشخاص خاصة، تخضع بالتالى لأحكام القانون الخاص.

ونظراً لقيام الدولة في الوقت الحاضر بنشاطات مشابهة لنشاطات الأفراد، فإن التفرقة بين هذين النوعين من الأشخاص الإعتبارية لم تعد

(١) راجع المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في مصر. وراجع المادتين ١٢ و١٤ من قانون الجمعيات العلمانية، والمادة ٤٩ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤.

ميسورة، بل هي تدق في كثير من الأحيان. ومن المعايير التي يقترحها الفقهاء للتفرقة بينهما الإعتداد بالفرض من إنشاء الشخص المعنوي. والامتيازات التي يتمتع بها إزاء أعضائه وإزاء الغير، وما إذا كانت الدولة هي التي أنشأته، وتمتع الإدارة بالأشراف عليه. وكل من هذه المعايير يكمل بعضها البعض في التعرف على نوع الشخص الاعتباري.

٣٦٠- الأشخاص المعنوية العامة،

في طلبعة الأشخاص المعنوية العامة نجد الدولة، فالدولة شخص معنوي، بل هي أقدم الأشخاص المعنوية، وهي تكتسب شخصيتها من احترام الدول بها.

وبحسب للدولة توجد سلطات محلية هي المحافظات والمدن والقرى (وفي القانون اللبناني توجد البلديات)^(١).

وأخيراً توجد المنشآت أو المؤسسات العامة (الدوائر العمومية للمركزية في القانون اللبناني)، وهي تقوم بنشاط عام أو بمرافق عام، وتمتع في إدارته بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص العامة المحلية. ولـي هذا أشارت المادة ٥٢ من المقتضى المنفي بقراها «الأشخاص الاعتبارية هي: ١- الدولة وكذلك المديرية والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية».

٣٦١- الأشخاص المعنوية الخاصة،

تنقسم الأشخاص المعنوية الخاصة إلى قسمين: جماعات الأشخاص، ومجموعات الأموال.

(١) لم يعترف المشرع اللبناني للمحافظات والأمنية بالشخصية المعنوية.

وجماعات الأشخاص تتكون من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين، وهي تشمل الشركات والجمعيات.

والشركة، عقد بين طائفة من الأشخاص، بمقتضاه يضع كل من المتعاقدين حصة من المال أو عمل بغية تحقيق ربح مادي واقتسامه. أي أن الشركة جماعة من الأشخاص تسمى إلى غاية مادية. والشركة قد تكون شركة مدنية وقد تكون شركة تجارية.

أما للجمعية فهي جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح للمادى، فهي تشبه الشركة في أنها تقوم على جماعة من الأشخاص، ولكن تختلف عنها في أنها لا تسعى إلى كسب مادي بل إلى غرض خيرى أو رياضى أو دينى .. الخ.

أما مجموعات الأموال فهي حبس مال ذي ربح على تحقيق «رعاية غرض معين، ومثالها الوقف وهو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية، والمؤسسات الخاصة.

والمؤسسة الخاصة هي تخصيص مال لمدة غير معينة، لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو رياضية أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام، دون قصد إلى ربح مادي (م^١ من القانون المصرى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة).

المبحث الرابع

مظاهر الشخصية المعنوية

٣١٢ - بيان هذه المظاهر،

يتميز الشخص المعنوى بميزات الشخص الطبيعي من حيث الاسم

والموطن والحالة، كما يتميز بوجود ذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له.

٢٦٢- الاسم:

الشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي اسم يعرف به، ويميزه عن غيره من الأشخاص، ويجب أن ينص على هذا الاسم في سند إنشائه، وهو يستمد عادة من الغرض الذي يسمى إليه (١).

وقد يكون اسم الشخص الاعتباري اسماً تجارياً، وفي هذه الحالة يجوز له التصرف فيه باعتبار تعدد عناصر المحل التجاري.

ولا يجوز الإعتداء على اسم الشخص المعنوي، وإن وقع مثل هذا الإعتداء، كان له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه.

٢٦٤- للموطن:

الشخص المعنوي موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشأه. ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته (م ٥٣/٢ مدني)، ويتحدد مركز إدارة الشخص المعنوي عادة في نظامه الأساسي.

وإذا كان للشخص المعنوي فروع متعددة في أماكن مختلفة، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع (٢).

(١) راجع المادتين ٢٠٣ و ٢٠٤ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في مصر في سنة ١٩٦٤، والمادة ١/٦ من قانون الجمعيات العمومية.

(٢) تنص المادة ٥٢ من قانون المرافعات المصري على أنه: «يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في ذلكتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع».

وتنص المادة ٩٢ من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية بأن «الأشخاص المعنويين الذين لهم عدة فروع يحسبون كأن لهم مقاماً مختاراً في كل فرع منها فيما يختص بالعمليات التي أحدها تلك الفروع مع شخص ثالث».

٢٦٥- الحالة،

طبيعى أن الشخص الاعتبارى لا ينتسب إلى أسرة معينة ولا إلى دين معين، وهو فى هذا يفترق عن الشخص الطبيعى.

ولكن الشخص المعنوى ينتسب إلى دولة معينة أى يتمتع بجنسية دولة معينة، وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية أعضائه. فمثلا الجمعيات والمؤسسات الخاصة تعتبر مصرية إذا أنشأت طبقا للقانون واتخذت مركزها فى مصر.

٢٦٦- النعمة،

للشخص الاعتبارى نعمة خاصة به، مستقلة عن نعمة الأشخاص المكونين له. وينبئ على ذلك أنه لا يجوز لدائنى هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتبارى، كما أنه ليس لدائنى الشخص الاعتبارى الرجوع على الأموال المخصصة لهؤلاء الأشخاص.

الفصل الثاني

محل الحق

٢٦٧- تمهيد:

الحق في نطاق المعاملات مصلحة ذات قيمة مادية، يقرها القانون للشخص. ويتعين علينا في كلامنا في الحق أن نفرق بين مضمون الحق ومحل الحق، مدعاً للخلط بينهما.

فمضمون الحق هو السلطات التي يفولها الحق لصاحبه، في عين أن محل الحق هو ما يرد عليه الحق - بهذا المضمون - سواء كان شيئاً أو صلاً. فالحق العيني يرد على شيء مادي، لأنه سلطة لشخص معين على شيء معين كالملكية. والحق الذهني يرد على شيء غير مادي، هو الخلق أو النتائج الذهني لصاحبه.

والحق الشخصي يرد على عمل إيجابي أو سلبي، لأن هذا الحق - كما سبق أن ذكرنا - رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل.

وعلى هذا النحو سنتكلم في محل الحق، أولاً في الأعمال. ثانياً في الأشياء.

الفرع الأول

الأعمال

٢٦٨- شروط العمل بوصفه محلاً للحق،

رأينا أن محل الحق الشخصي هو للقيام بعمل، سواء كان عملاً إيجابياً أم عملاً سلبياً، وهذا العمل يجب أن يتوافر فيه شروط معينة هي: أولاً - الإمكان. ثانياً - التعيين. ثالثاً - المشروعية^(١).

٢٦٩- شرط الإمكان،

يجب أن يكون العمل محل الحق ممكناً. والإمكان تقابله الإسحالة، فإذا كان المحل مستحيلًا في ذاته فلا يقوم الإلتزام، لأن القاعدة: لا إلتزام بمستحيل. والمقصود بالإسحالة هنا هي الإسحالة المطلقة أي الموضوعية، لا الإسحالة النسبية أي الشخصية.

والإسحالة تكون مطلقة إذا كان المحل مستحيلًا في ذاته، كالتعهد برفع إستكفاف عن حكم بعد فوات الميعاد. وهي تكون نسبية إذا كان المحل مستحيلًا على بعض الأشخاص دون البعض الآخر، كتعهد شخص برسم صورة زيتية وهو يجهل هذا الفن.

وإذا كان المحل إعطاء شيء أو نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون

(١) راجع المواد ١٢٦-١٣٥ مدني، والمواد ١٨٨ وما بعدها موجدات.

هذا الشيء موجوداً أو محتمل للوجود وفقاً لقصد المتعاقدين، لأن المتعاقدين قد يقصدوا التعامل في شيء مجرد فعلاً وقت التعاقد، وقد يقصدوا التعامل في شيء محتمل للوجود، كتمهيد صاحب مصنع يبيع منتجات مصنعة في فترة مستقبلية.

٢٧٠- شرط التعيين.

إذا كان محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل معيناً أو قابلاً للتعيين وفق ظروف العقد، فإذا تمهد مقاول ببناء منزل وجب تحديد هذا البناء وذكر مواصفاته، أو على الأقل أن يكون تحديد البناء ممكناً بالنظر إلى ملائسات العقد، كما لو كان سيشيد في المدينة أو القرية، للسكنى أو الاستغلال ... الخ.

وإذا كان المحل إعطاء شيء، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، وكيفية تعيين الشيء تختلف باختلاف ما إذا كان من القيميات أو من المثليات.

فإذا كان من القيميات وجب تعيينه تعييناً يميزه عن غيره، فالأرض مثلاً بعين بمواقعها وحدودها ومساحتها، والجواري بجنسه وسنه ولونه وبميراثه ... الخ.

وإذا كان من المثليات فيعين بجنسه ونوعه ومقداره، كأن أبيعك مائة قطار من القطن الأزرق.

٢٧١- شرط الشروعية:

بحسب أن يكون المحل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب. ومن الأمثلة على العمل غير المشروع: الإلزام بإرتكاب جريمة معينة، أو

بدفع مبلغ من المال مقابل قيام علاقة جنسية غير مشروعة، أو بيع كمية من المخدرات.

الفرع الثاني

الأشياء

٢٧٢- التمييز بين الأموال والأشياء:

يجب أن نفرق بين الأموال والأشياء. فالمال هو الحق ذو القيمة المالية أما كان هذا الحق، أي سواء أكان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ. أما الشيء فهو محل ذلك الحق.

وسنتناول في بحثنا للأشياء، الكلام: أولاً في الأشياء التي تصلح محلاً للحق أي الأشياء القابلة للتعامل فيها، وثانياً في تقسيمات الأشياء.

المبحث الأول

الأشياء القابلة للتعامل فيها

٢٧٣- الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها:

تناولت المادة ٨١ مدنى الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها فنصت على أن ١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تُخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

وظاهر من هذا النص أن الشيء يخرج عن التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون.

٢٧٤- الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها،

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي ينتفع بها جميع الناس بنزول أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، كأشعة الشمس والهواء والبحار، ولذلك عرفها المشرع المصري بأنها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بعلاقتها.

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي في الواقع أشياء مستحيلة فإذا زالت هذه الإستحالة أمكن التعامل فيها، وهو ما يقع بالنسبة للهواء أو الماء بعد حصره وإحرازه.

ويجب أن نفرق بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء للمباحة، لأن الأولى لا تقبل التملك، على حين أن الثانية تقبل التملك وإن كان لا مالك لها، ومثالها الطير في الهواء والسمك في البحر.

٢٧٥- الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون،

بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها، ولكن لما كان هذا التعامل يمثل الغرض الذي خصمت له أنمرجها للقانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها، ومثالها الأموال العامة، فهذه الأموال مخصصة لمنفعة عامة، ولذا لا يجوز التعامل فيها. غير أن عدم التقابلية للتعامل بالنسبة لها لا تتناول سائر التصرفات، فذلك أنه إذا كان من غير الجائز بيع أو رهن المال العام لأن ذلك يخرج به عن الغرض المخصص له، إلا أنه من الجائز تأجيرها، وهو ما يحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلاً.

كذلك قد يقرر المشرع في نصوص خاصة عدم جواز التعامل في بعض

الأشياء كالمخدرات، وأوراق النقد المزيفة، والأشربة والمأكولات المضروبة، والرفيق ... وجميع هذه النصوص قد جاءت، تطبيقاً لفكرة علمة هي حملة النظام العام والآداب (م ١٣٥ مدني و١٩٢ موجهات) .

المبحث الثاني

تقسيمات الأشياء

٢٢٦- الأشياء المادية:

تناول الفقهاء المدني المصري تقسيم الأشياء المادية، فذكر منها تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، وتقسيمها إلى قابلة وغير قابلة للإهلاك، وتقسيمها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية .
وبجانب الأشياء المادية توجد الأشياء غير المادية أي المعنوية، وقد سبق أن درسنا الحق المعنوي.

المطلب الأول

العقارات والمنقولات

٢٢٧- أساس التفرقة بين العقار والمنقول:

العقار هو كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف، وينطبق هذا التعريف على كل شيء حائز لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقه بصنع صانع. ولا يعتبر الشيء ذو مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف، وهو ما نصت عليه المادة ١/٨٢ مدني بقولها: كل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وما أشارت إليه المادة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبناني بقولها: العقارات بطبيعتها هي الأشياء التي يكون لها، بالنظر إلى جوهرها، موقع ثابت غير متحرك .

أما المنقول فلم يعرفه المشرع المصري، بل إكتفى بعد تعريف العقار بالقول «وكل ما حدا ذلك من شيء فهو منقول»

وهذا التقسيم المبني على طبيعة الأشياء لم يأخذ به المشرع دائماً، بل اعتبر بعض العقارات كالمحصولات قبل نضوجها منقولات، كما اعتبر بعض المنقولات كالأشياء المملوكة لأصحاب الأرض والمخصصة لخدمتها عقارات وسماها عقارات بالتخصيص.

٢٧٨- أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات،

لتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهمية عملية لأن بعض الأحكام القانونية تختلف باختلاف ما إذا كان الشيء عقاراً أم منقولاً، وهذا الاختلاف وإن كان طبيعياً في بعض الحالات إلا أنه تحكيمياً في حالات أخرى، تأثر فيها المشرع بالفكرة القديمة التي كانت تعتبر العقارات عماد الدولة، وأن للمنقولات أشياء تافهة، وهو ما لا يتفق مع الأوضاع الاقتصادية الآن.

ومن الأمثلة على اختلاف الأحكام باختلاف طبيعة الشيء ما يأتي:

١- أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للعقارات إلا إذا أُنشِرَ العقد بأن سجل، أما المنقولات وليس لها مقر ثابت، فلا داعي لشهر للتصرف المتعلق بها لكي تنتقل الملكية.

٢- أن حيازة العقار متميزة عن ملكيته، إذ ليس من الضروري أن تكون مالكا لتدار لمجرد أني أستخدمها، أما بالنسبة إلى المنقول فالحيازة مرتبطة بالملكية، ولذا كانت للقاعدة المعروفة وهي «الحيازة في المنقول سند لملكية» (راجع المادة ١/١٧٦ مدني والمادة ٢٠٧ أصول محاكمات لبناني).

٢- إذاثار نزاع متعلق بعقار فيكون نظراً لهذا النزاع من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار، أما المنقول وليس له مكان ثابت، فنختص بنظر النزاع المتعلق به المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ و ٥٠ مرافعات مصري و م ٨٩ و ٩٠ و ٩١ أصول محاكمات لبناني).

١- أن بعض الحقوق لا تدرج إلا على العقار كالدين الرسمي وحقوق الاختصاص وحقوق الإرفاق والتأمين في القانون اللبناني.

منذ بعض الفروق في الأحكام المترتبة على تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات^(١)، وسنبحث الآن في كل من هذين القسمين.

١- العقارات

٢٢٩- الأصل والاستثناء:

رأينا أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، وهذا هو العقار بالطبيعة، غير أنه استثناء من هذا الأصل تعتبر بعض المنقولات المخصصة لخدمة العقار بالطبيعة، عقاراً، وهذا هو العقار بالتخصيص.

٢٨٠- العقار بالطبيعة:

وفقاً لتعريف العقار بأنه كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقاراً بالطبيعة (Immeuble par nature) ما يأتي:

١- الأرض، فهي عقار ثابت بطبيعته حائز لصفة الإستقرار من أصل

(١) هناك فريق آخر يرى بين الأحكام المتعلقة بالعقارات وتلك المتعلقة بالمنقولات، من ذلك الأحكام بالمنقولات، من ذلك الأحكام الخاصة بالتنفيذ على أموال قسدين، والأحكام الخاصة بدعوى تكملة الدين للمدين، والأحكام الخاصة بقواعد الإسناد هي القانون الدولي الخاص ... الخ.

خلقه. والأرض تشمل كل ما تحت سطحها وما في جوفها من مناجم ومهاجر. فهذه جميعاً تعتبر عقارات بالطبيعة. وينتهي أنه إذا كان النجم أو الحجر يعتبر عقاراً، إلا أن ما يستخرج منه من معادن أو أحجار فيعتبر من المنقولات بمجرد فصلها عنه.

٢- الأبنية، تعتبر الأبنية باتصالها بالأرض، عقاراً، وهي حالاً: لفعة الاستقرار بصنع صانع. ولفظ الأبنية ينصرف إلى دور السكنى والمخازن والمعامل... الخ، كما ينصرف إلى أي منشأة فنية كالقناطر والخزانات والجسور والأنفاق. ولفظ بناء ينصرف إلى جميع أجزائه التي لا يتم إلا بها كالأبواب والشبابيك والمصاعد.

٢- النباتات، تعتبر الأشجار عقارات بالطبيعة إذا إتصلت بالأرض اتصالاً مباشراً، أي امتدت جذورها جذورها في الأرض، وعلى ذلك تعتبر منقولات النباتات التي تنمو في الأوعية والقصاري، ولو دققت الأوعية في الأرض.

٢٨١- العقار بالتخصيص:

نص المادة ٨٢/٢ مدني على أنه «ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله». وتفسر المادة ١/٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني أن «العقارات بتخصيصها هي أشياء قد تعتبر بذاتها منقولات، إنما هي من متممات عقار بطبيعته، شرط: ١- أن تكون والعقار بطبيعته لملك واحد. ٢- أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه عام لخدمة لعقار التي تكون هذه الأشياء من متمماته».

ظاهر من هاتين السانيتين أنه يحين لاستيفار المنقول عقاراً بالتخصيص (immeuble par destination) توافر الشروط الآتية:

الشروط الأولى:

أن يوضع المنقول بطبيعته في عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضاً أو بناء.

الشروط الثانية:

أن يوضع المنقول في العقار بمعرفة مالك العقار نفسه أو من ينوب عنه كالوكيل مثلاً، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات التي يضعها مستأجر الأرض لاستغلالها.

الشروط الثالثة:

أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المسلمة لمالك العقار على سبيل عارية الاستعمال مثلاً. والحكمة من ذلك كما سنبين أن الغرض من فكرة التخصيص هي إخضاع المنقول لأحكام العقار تأمينا لاستغلاله.

الشروط الرابعة:

أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو إستغلاله لا لخدمة صاحب العقار، فالسيارة المخصصة لنقل منتجات المصنع تعتبر عقاراً بالتخصيص، أما سيارة صاحب المصنع فتعتبر منقولة، لأنها ليست مخصصة لخدمة المصنع أو إستغلاله.

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الإستغلال الزراعي، الماشية المخصصة لخدمة الأرض، أما المعدة لركوب المالك فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص.

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الإستغلال الصناعي آلات المصانع سواء كانت تدور بالقوى للمحرك أو باليد.

وفي مجال الاستغلال التجاري، مفروشات الفنادق وأتوات المطاعم، ومهمات المسارح من ستائر ومناظر ومقاعد.

كذلك تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات الموضوعة في أماكن العبادة، وتلك الموضوعة في المدارس والمستشفيات كالأسرة والمفاتيح والأودية والمكاتب ... الخ.

٢٨٣- علة اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص:

الحكمة من وضع المنقول في العقار هو خدمة العقار واستغلاله، ولضمن ذلك افترض المشرع أن المنقول عقار، وأطلق عليه اسم العقار بالتخصيص حتى ينضج لأحكام العقار من حيث الحيز، فلا يجوز الحيز عاره - جز منقول مستقلاً عن الممار الذي يخصه الخدمة أو الاستفادة، كما أن التنفيذ على العقار يشمل ولو لم يذكر ذلك في نصه نزع الملكية. كذلك فإن التصرف في العقار بالطبيعة يشمل للعقار بالتخصيص، فبيع الأرض للزراعة يشمل السواقي أو ماكينات الري مثلاً.

٢- المنقولات

٢٨٣- الأصل والاستثناء

لم يعرف المشرع المنقول كما سبق أن ذكرناه بل اكتفى بعد تعريف للعقار بالقول أن كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول (م ٨٢/١ مدني). غير أنه بجانب الأشياء التي تعد منقولات بطبيعتها، تعتبر بعض العقارات على سبيل الاستثناء منقولات بحسب ما سيصير إليه أمرها، وتسمى منقولات بحسب المال.

٢٨٤- المنقول بالطبيعة:

المنقول بالطبيعة (meuble par nature) هو كل شيء مادي يمكن

نقله من مكان إلى آخر دون تلف، كالحيوان، والعربة، والسفينة، والطائرة،
والبضائع ومواد البناء قبل استعمالها في التشييد.

كذلك يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المكونة، لأنه لا يتصور
بالنسبة لها الاستقرار والقبض، من ذلك حق المؤلف.

٢٨٥ - المنقول بحسب المال.

المنقول بحسب المال (meuble par anticipation) هو عقار بالطبيعة،
ولكن للقانون يعتبره منقولاً باعتبار ما سيؤول إليه، ومن الأمثلة على ذلك
المباني المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع، والمحصولات والثمار الزراعية
قبل نضجها.

والحكمة من هذا الافتراض القانوني هو أن تسرى على هذه الأشياء
أحكام المنقول لا أحكام العقار، فيما يتعلق بالتنفيذ والتصرف، باعتبار أن
مصيرها هو أن تصبح من المنقولات.

ولم يضع المشرع نظرية عامة في شأن المنقول بحسب المال، ولكنه
في بعض نصوص القانون عامل بعض العقارات معاملة المنقولات باعتبار
أنها معدة للانفصال عن أصلها الثابت للمستقر. من ذلك أن القانون المصري
واللبناني يخصان على اتباع إجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المنصلة
والشروعات القائمة، على أن يوقع هذا الحجز خلال الخمسة والأربعين يوماً
السابقة على نضجها في القانون المصري، وخلال الستة أسابيع التي تتقدم
موعد للنضج في القانون اللبناني.

وقد استخلص الفقه والقضاء من النصوص القانونية التي وُردت في
شأن المنقول بحسب المال، نظرية عامة قوامها أن بعض العقارات تعتبر

منقولات بحسب المآل إذا إتجهت إرادة المتعاقدين إلى ذلك، وكان المصير المحقق في نظرهما للعقار بالمبيعة أن يتحول إلى منقول بالمبيعة.

المطلب الثاني

الأشياء القابلة وخير القابلة للإستهلاك

٢٨٦- أساس التشريع،

الأشياء القابلة للإستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها، وقد عرفها المشرع المصري في المادة ٨٤/١ مدني بقوله، «الأشياء القابلة للإستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أحدث له، في إستهلاكها أو انتفاعها».

والإستهلاك قد يكون ماديا كاستهلاك الطعام، وقد يكون فادوريا بخروج الشيء من ذمة صاحبه، كاستهلاك النقود، وقد أورد المشرع المصري تطبيقا لهذا الاستهلاك القانوني في الفقرة الثانية من المادة ٨٤ بقوله، فيعتبر قابلا للإستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع، ومعنى ذلك أن ما بعد في المحال التجارية للبيع كالكتب والملابس وغيرها، وإن كان أصلاً من الأشياء غير القابلة للإستهلاك بمجرد الإستعمال، إلا أنه يعرضها للبيع تعتبر من الأشياء القابلة للإستهلاك قانوناً أي حكماً.

أما الأشياء غير القابلة للإستهلاك، فهي الأشياء المعدة بطبيعتها للإستعمال المتكرر، ولا ينزع عنها هذه الصفة نقص قيمتها أو هلاكها مع مرور الزمن، كالملابس والمفروشات والعقارات.

٢٨٧- فائدة التشريع،

تظهر فائدة تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للإستهلاك (Choses consommables) وأشياء غير قابلة للإستهلاك (Choses consomptibles) في أن بعض الحقوق كحق الانتفاع وحق

الاستعمال وحق السكنى، وحق الارتفاق، لا يتصور وجودها إلا على الأشياء غير القابلة للإستهلاك، لأن المنفعة مثلا ملزم برد الشيء بعينه إلى مالك عند انقضاء حق الانتفاع، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الشيء غير قابل للإستهلاك.

كذلك نستبين فائدة هذا التقسيم في أن بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء غير القابلة للإستهلاك بمجرد الإستعمال، كالإيجار وعارية الإستعمال.

المطلب الثالث

الأشياء المثلثية والأشياء القيمية

٢٨٨ - أساس التصرفية:

عرفت المادة ٨٥ مدنى الأشياء المثلثية بقولها: «الأشياء المثلثية هي التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن».

فالأشياء المثلثية هي، عادة للعقود أى الموزونات كالقطن من نوع معين، أو المكملات كالقمح من نوع معين، أو المقاييس كالقمح من نوع معين، أو للمعدونات كتقطع النقد أو الأوراق المصرفية التى من نوع واحد.

لما الأشياء القيمية فهي التى يقوم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يحل غيرها محلها فى الوفاء كالعقارات من أراضي ومنازل، والحيوانات... الخ. ويعرف فقهاء الشرع الإسلامى الأشياء القيمية بأنها ما تفقارت أحادها تفوقا يحد به.

والعبارة في وصف الشيء بأنه شيء مطلق أو شيء قيمى، هو فى مكة قيام
شيء آخر من جنسه ولوعه ومقتاره مقامه فى الوفاء بحسب قصد المتعاقدين، أم
عدم إمكان ذلك. فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار شيء مطلق شيئاً قيمياً أو
العكس، كما فى حالة إعلارة كتاب للاطلاع عليه ورده بعينه، أو قيام شركة
بتقسيم أرض زراعية أو أرض معدة للبناء إلى قطع متساوية متعائلة.

٢٨٩- أهمية التفرقة:

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المعلقة وتسمى كذلك بالأشياء المعينة
بالنوع (Choses fungibles) والأشياء القيمة وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة
بالذات، (Choses non fungibles) فيما يأتى:

أولاً- إذا كان موضوع الالتزام شيئاً مطلقاً جاز للمدين الوفاء بشئ مماثل
لما إلتزم به، أما إذا كان شيئاً فنجين عليه الوفاء بنفس الشيء الملتقى عليه.

ثانياً- لا يجوز للمدين بشئ مطلق أن يتحلل من إلتزامه بدعوى هلاك
الشيء الذى كان يعتمد عليه فى الوفاء، لأن المثليات لا تهلك، وبالعكس يؤدى
هلاك الشيء القيمى إلى استحالة التنفيذ ولتقضاء إلتزام المدين.

ثالثاً- لا تقع المقاصة إلا بين النقود والمطالبات المتحددة فى النوع
والجودة (م ٣٦٢/١ مدنى و٣٢٩ موجهات).

رابعاً- تنتقل ملكية المنقول القيمى بمجرد التعاقد، أما للشيء المطلق فلا
تنتقل ملكيته إلا بالقرن، ويتم الفرز بالكيل أو المقاس أو العد أو الوزن، وذلك
عادة وقت التسليم.

الباب الثالث

مصادر الحق وإشباته

٢٩٠- تقسيم:

سنناول في هذا الباب بيان للمصادر التي يستند إليها الحق في شؤنه،
ثم نعرض في كلمة موجزة لطرق إثبات الحق.

الفصل الاول

مصادر الحق

٢٩١- مصدر الحق:

رأينا ان الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر بحكمها القانون، فالقانون هو مصدر جميع الحقوق، غير أن القانون يعتبر في بعض الحالات مصدراً مباشراً للحق، وفي حالات أخرى، وهي الغالبية، مصدراً غير مباشر.

فالقانون مصدر مباشر للحق إذا تناولته بنص خاص (م ١٩٨ مدني)، كما في الحق في النفقة التي رتبها القانون على علاقة القرابة أو الزوجية.

والقانون يعتبر مصدراً غير مباشر للحق إذا كان يتطلب لفعله قيام واقعة معينة، فتكون هذه الواقعة هي المصدر المباشر للحق، كالبيع مثلاً، إذ يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. فيكون البيع هو المصدر المباشر لحق المشتري في ملكية المبيع، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الحق.

ويطلق على الواقعة التي تعتبر مصدراً مباشراً للحق اسم الواقعة القانونية (fait juridique) وهي بهذا المعنى كل أمر يرتب للقانون على حدوثه أثراً قانونياً.

والوقائع القانونية قد تكون طبيعية أي مردها فعل الطبيعة، وقد تكون اختيارية أي مردها فعل الإنسان.

والوقائع الاختيارية قد تكون عملاً مادياً (Acte matériel) وقد تكون عملاً أو تصرفاً قانونياً (Acte juridique).

وستتناول هذه الأنواع فيما يلي:

٢٩٢- الواقعة الطبيعية:

الواقعة الطبيعية هي كل حدث يرجع إلى فعل الطبيعة ومنها، بعداً عن نشاط الإنسان، ومن الأمثلة على ذلك الميلاد، والوفاة، وسرور الزمن، والزلازل والفيضانات... الخ.

فبالميلاد تبدأ شخصية الإنسان وتثبت له الصلاحية لإكتساب حقوق وتحمل الواجبات. وبالوفاة تنتهي هذه الشخصية ونجزي أحكام الميراث. وسرور الزمن قد يكتسب الحق بالتقادم المكسب، وقد ينتقض الحق بالتقادم المسقط. والزلازل والفيضانات قد يكون للقوة القاهرة التي تعفي المدين من التزامه.

وهكذا قد تكون الواقعة الطبيعية سبباً في نشوء الحق أو في انقضاءه.

٢٩٣- الواقعة الاختيارية:

الواقعة الاختيارية هي التي يمكن ردها إلى نشاط الشخص، سواء

لأن نشاطاً إرادياً، أي مقصوداً به ترتيب أثر قانوني معين، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني، أم لم يكن مقصوداً به ترتيب هذا الأثر، وهذا هو العمل المادي.

٢٩٤- العمل المادي:

العمل المادي هو الفعل الذي يصدر من الشخص ويرتب عليه لقانون أثراً قانونياً، بصرف النظر عن إرادة صاحبه، أي سواء إتجهت هذه الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

أولاً- الفعل الضار وهو قوام المسؤولية التقصيرية. وتقوم هذه المسؤولية على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويرتب عليها التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصبه، أي يترتب عليها نشوء حق للمضرور في التعويض.

ثانياً- الإثراء بلا سبب ومن مقتضاه أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني، عليه أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الإثراء قدر ما أثرى به، في حدود ما لحق المفتقر من خسارة. ومن الأمثلة على ذلك قيام المستأجر بترميمات في العين المؤجرة واجبة على المؤجر، فيكون له حق الرجوع على هذا الأخير ليعوضه عن ذلك.

ومن أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب، دفع غير المستحق والفضالة.

ودفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفى له رد ما أخذه، لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره.

والفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزماً

بذلك، شأنا عاجلاً لحساب شخص آخر، كاطفاء حريق شب في منزل الغير، أو جنم محصول يخطئ عليه من النكف، أو نقاوة زراعة من آفة أصابتها ... الخ.

٢٨٥ - العمل القانوني؛

العمل القانوني أو التصرف القانوني هو إرادة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني. وقد يتم التصرف القانوني بإرادتين وهذا هو العقد كالبيع والإيجار والهبة... الخ، وقد يتم بإرادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور، ومنقصر في القسم الثالث من هذا المؤلف على دراسة العقد باعتباره أهم مصادر الحق (أي الإلزام) .

الفصل الثاني

إثبات الحق

٢٩٦- المبادئ التي تحكم الإثبات.

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص. وللإثبات أهمية عملية بالغة الأهمية، لأنه لا قيمة للحق إذا لم يتمكن صاحبه من إقامة الدليل على وجوده.

والقاعدة العامة في شأن الإثبات هي أن الإثبات على المدعى. ولا يقصد بالمدعى رافع الدعوى، بل يقصد به كل من يدعى أمراً على خلاف الظاهر، سواء كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى.

فإذا ادعى شخص مديونية آخر له بمبلغ من المال، فهو يدعى خلاف الظاهر، وهو برامة الخمة، ويكون عليه إثبات مصدر هذا الدين، فإن فعل وأثبت وجود عقد القرض الذي هو مصدر الدين مثلاً، لتنتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، فإن ادعى انقضاء الدين بالوفاء كان عليه إثبات هذا الإدعاء.

ولكن يلاحظ أن المشرع قد يتدخل لتغيير هذه القاعدة، بأن يقبل للشخص من عبء الإثبات، أو ينقل هذا العبء إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى بالنقينة القانونية.

٢٩٧- طرق الإثبات:

طرق الإثبات التي حددها القانون تتمثل في: ١- للكتابة. ٢- الشهادة. ٣- القرائن. ٤- الأقرار. ٥- اليمين.

٢٩٨- الإثبات بالكتابة:

يعتبر الإثبات بالكتابة أهم طرق الإثبات، والإثبات بالكتابة على نوعين: كتابة رسمية، وكتابة عرفية.

والكتابة الرسمية هي الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته ولختصاصه.

والكتابة العرفية هي الورقة التي تصدر من الشخص دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها.

والقاعدة العامة أنه إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة جنيه في القانون المصري أو على ٤٠٠٠٠ ليرة في القانون اللبناني، أو كان غير محدد القيمة، فيتمين الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالأقرار مثلاً.

غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز في المسائل التجارية لإثبات بكافة طرق الإثبات، بما فيها شهادة الشهود، أي أن قيمة التصرف.

٢٩٩- الإثبات بشهادة الشهود:

الاثبات بشهادة الشهود أى بالبينة جائز بالنسبة للوقائع الطبيعية والأعمال المدنية دون أى قيد، أما بالنسبة للأعمال أو التصرفات القانونية، فيخضع الإثبات بالبينة لقيدين هما:

الأول- مع استثناء الأعمال التجارية، لا يجوز الإثبات بالبينة إلا إذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن القيمة السابق ذكرها، أى لا تزيد على خمسمائة جنيه في مصر أو على ٤٠٠٠٠ ليرة في لبنان.

الثاني- هو عدم جواز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي.

٣٠٠- القرائن:

القرينة هو ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، والقرينة على هذا النحو على نوعين: قرينة قانونية، وقرينة قضائية.

والقرينة للقانونية هي بدورها على نوعين: قرينة بسيطة وقرينة فاعلة.

والقرينة البسيطة هي التي يجوز اثبات عكس دلالتها، من ذلك أن المادة

٥٨٧ مدنى تقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

فهذه القرينة تقبل المستأجر من إثبات الوفاء بالأقساط السابقة على

القسط الأخير الذي قدم الإيصال به، غير أنها قرينة بسيطة يجوز للمؤجر إثبات عكسها.

والقرينة القاطمة هي التي لا يجوز إثبات ما يخالفها، من ذلك القرينة التي وضعها القانون في شأن مسؤولية حارس الحيوان، فإذا أصيب شخص بضرر من حيوان فإن بعض من اثبات خطأ إقلاس، لأن القانون يفترض وقوع هذا الخطأ، إقراضاً لا يقبل العكس (م ١٧٦ مدني).

لما القرينة القضائية فتفنع للقيود التي ترد على حرية الإثبات بالبينة، ويجوز قلما اثبات عكسها.

٢٠١- الإقرار:

الإقرار هو الاعتراف بواقعة يدعيها شخص آخر. والإقرار قد يصدر أمام جهة قضائية وهذا هو الإقرار القضائي، وقد يقع خارج القضاء وهذا هو الإقرار غير القضائي.

٢٠٢- اليمين:

عندما يعجز الشخص عن إقامة الدليل على دعواه، فيجوز له أن يوجه اليمين إلى الخصم، فإن حلف هذا الأخير خسر من وجه اليمين دعواه، وإن نكل أي امتنع عن الحلف، ثبت حق من وجه اليمين، وهذه هي اليمين الحاسمة.

غير أنه بجانب هذه اليمين الحاسمة يوجد ما يسمى باليمين لمتمة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لإستكمال، إقتناعه، وهي على عكس اليمين الحاسمة لا تعسم للفرع لأن القاضي غير مقيد بنتيجتها.

القسم الثالث

مبادئ نظرية الالتزام

مقدمة

٢٠٢- التعريف بالالتزام:

الالتزام رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء معين، هذا الأداء قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. والالتزام هو الجانب السلبي للحق، أي أننا إذا نظرنا إلى هذه الرابطة القانونية من ناحية الدائن أطلقنا عليه اسم الحق، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين أطلقنا عليها اسم الالتزام.

وقد نواضع رجال الفقه على دراسته يوصفه إلزاماً لا يوصفه حقاً، فيقال نظرية الإلتزام لا نظرية الحق للشخصي. والعلة في ذلك أن الناحية السالبة فيه هي الناحية السالبة أي الإلتزام، ولا أدل على ذلك من إمكان وجود الإلتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه، وجود الإلتزام مع إمتناع المطالبة به على الدائن. ومثال الفرض الأول من يؤمن على حياته

لمصلحة أولاده وليس له ولد وقت انعقاد العقد، ومثال الفرض الثاني الإلزام الطبيعي وفيه لا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء.

٣٠٤- مصادر الإلزام،

مصدر الإلزام هي الواقعة للقانونية التي أنشأت الإلزام. ويمكن تقسيم مصادر الإلزام إلى خمسة مصادر هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون.

ويطلق على العقد والإرادة المنفردة أسم المصادر الإرادية للإلزام، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني.

ويطلق على العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب اسم المصادر غير الإرادية للإلزام، وهذا للعمل المادي. ويضاف إليها الوقائع الطبيعية التي يرتب عليها القانون أثرا قانونيا^(١).

٣٠٥- تقسيم،

سنكتفي في دراستنا لمبادئ نظرية الإلزام بتناول العقد باعتباره أهم المصادر الإرادية للإلزام، كما سنكتفي كذلك بعد دراسة العقد بعرض بعض أحكام الإلزام، كل هذا في نطاق ما يحتاجه طالب كلية التجارة، مع توخي بطبيعة الحال الإيجاز في العرض والتبسيط في الشرح، حتى يسهل على هذا الطالب تفهم المبادئ القانونية اللازمة لدراسة القانون التجاري، وهو بيت القصيد من الدراسة القانونية في كلية التجارة.

(١) راجع ما سبق ذكره في شأن مصادر الحق بند ٢٢٠ وما بعده.

الباب الأول

العقد

تعريف

٣٠٦- التعريف بالعقد:

العقد إتفاق إراديّين على ترتيب أثر قانوني بإنشاء إلزام أو نفيه أو تعديله أو زواله.

ويتحدد مجال العقد بالإتفاقات المنشئة للإلزام بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الإتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالطهارة وهي إتفاق بين دولة ودولة أخرى وتحكمها قواعد القانون الدولي للعالم، والديانة وهي إتفاق بين النائب وتأخيه وتحكمها قواعد القانون الدستوري، والوظيفة وهي إتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الإداري. غير أنه حتى في مجال القانون الخاص تقتصر منطقة للعقد على الإتفاقات المتعلقة بالذمة المالية، فتمتد الإتفاقات المتعلقة بروابط لأحوال الشخصية كالزواج، لأن الزواج ولو أنه إتفاق بين الزوجين، إلا أن لقانون وحده هو الذي يحدد آثاره، ولذا لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح.

٢٠٧- تقسيمات العقود:

يمكن تقسيم العقود إلى أقسام متعددة وفقاً للخصيصة التي تتناول منها العقد، فيمكن تقسيمها من حيث شروط تكوين أثر العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ومن حيث أثر العقد إلى عقود محددة وعقود إقتصادية، ومن حيث نفاذ العقد إلى عقود فورية وعقود مستمرة، ومن حيث تفسير العقد إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وكذلك إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة.

٢٠٨- العقود الرضائية والشكلية والعينية:

العقد الرضائي (contrat consensuel) هو ما يكفي التراضي لإتقاده، والقاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود، ومثال ذلك البيع، فهو ينعقد باتفاق إرادتي البائع والمشتري دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

أما العقد الشكلي (contrat solennel) فهو ما لا يكفي التراضي لإتقاده، بل يجب بجانب التراضي إتباع شكل معين كتحرير العقد بواسطة موظف مختص، يسمى بالموثق، كما هو الحال في هبة العقار (م ٤٨٨ مدني، ٥١٠ موجبات).

أما العقد العيني (contrat réel) فهو ما لا يكفي التراضي كذلك لإتقاده، بل يجب إلى جانب ذلك تسليم العين محل العقد، من ذلك هبة المنقول، فقد أجاز القانون المصري أن تتم في محرر رسمي أو بالتقبض (م ٤٨٨/٢ مدني و ٥٢٦ موجبات).

٢٠٩- العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو الذي يلتزم

فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مديناً فقط والآخر دليلاً فقط، كعقد القرض.

أما العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي (contrat synallagmatique ou bilatéral) فهو الذي يترتب للترامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائناً ومديناً في آن واحد، كالبيع والإجارة وغيرهما. فالبايع مثلاً يعتبر دائناً بالثمن ومديناً بتسليم المبيع، والمشتري دائناً بتسليم المبيع ومديناً بالثمن.

وأهمية هذا التقسيم تتمثل في الأمور الآتية:

١- في العقود الملزمة للجانبين إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر الذي نفذ إلتزامه أما المطالبة بالتنفيذ، وأما المطالبة بالفسخ أي بحل العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ولذا يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائماً شرطاً قاسخاً ضمنياً.

٢- في العقود الملزمة للجانبين، إذا طالب أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ولم يكن هو نفسه قد نفذ إلتزامه أو أبدى إستعداداً للتنفيذ كان للمتعاقد الآخر أن يدفع هذا الطلب بما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، ومعناه أن لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما تعهد به.

٣- في العقود الملزمة للجانبين إذا إستحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته سقط التزامه، وسقط معه إلتزام المتعاقد الآخر، وبذا يتفسخ العقد بقوة القانون. ففي البيع إذا هلك العين المباعة تحت يد البائع بقوة فاهرة قبل التسليم، انقضى إلتزامه،

وإنقضى تبعاً له إلزام المشتري بدفع الثمن، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعاً لإستحالة للتنفيذ.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيكون تحمل التبعة على الدائن، فمثلاً إذا إستحال على المودع عنده رد الرديعة لهلاكها بقوة قاهرة، إنقضى التزامه بالرد، وتحمل المودع وهو الدائن تبعاً هذه الاستحالة.

٣١٠- عقود المعاوضة وعقود التبذرع:

عقد المعاوضة (Contrat à titre gratuit) هو الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالبائع بالإجارة، ففي البيع مثلاً يقدم البائع المبيع مقابل الثمن، ويقدم المشتري الثمن مقابل المبيع.

أما عقد التبذرع (Contrat à titre gratuit) فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالهبة والقرض بدون فائدة.

٣١١- العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

العقد المحدد (Contrat déterminé) هو الذي يحدد فيه وقت انعقاد العقد مقدار الأداء الذي يبذله كل من المتعاقدين، ولو انقضى التعادل بين الألتين، كبيع شيء معين بثمن معين.

أما العقد الإحتمالي (contrat à terme) فهو العقد الذي لا يحدد فيه وقت للتعاقد مقدار الأداء الذي يبذله أو يأخذه كل متعاقد، لوجود عنصر إحتمالي فيه كعقد التأمين وعقد اليانصيب.

وأهمية هذا التقسيم نستبين في أن الثمن لا يؤثر كمبدأ عام في العقود الإحتمالية.

٢١٢- العقود الفورية والعقود الممتدة:

العقد الفوري (Contrat instantané) هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في البيع صادة، إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن. وقد يتراخى تنفيذ عقد البيع إلى أجل، وتكون تأجيل تنفيذه لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع.

أما العقد الممتد (Contrat successif) فهو الذي ينفذ فيه الإلزام بأداءات مستمرة كعقد الإيجار، أو بأداءات دورية كعقد التوريد. وللعقد الممتد يعتبر الزمن فيه عنصراً جوهرياً بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام، فالإيجار مثلاً يرد على منفعة الشيء، ومقدار المنفعة يقدر بزمان الإنقاع، كما يقدر به مقدار الأجرة، لأن الأجرة تقابل الإنقاع.

وتظهر أهمية هذا التقسيم أنه إذا فسخ العقد الفوري ينسحب أثر الفسخ إلى الماضي، فإذا فسخ البيع مثلاً، استرد البائع المبيع واسترد المشتري الثمن أو الجزء من الثمن الذي كان قد دفعه. أما فسخ العقد الممتد فلا ينسحب أثره إلى الماضي، فإنما فسخ عقد الإيجار مثلاً فلا يسترد المستأجر الأجرة التي دفعها عن الفترة السابقة على وقوع الفسخ، لأنها تقابل المنفعة، والمنفعة لا يمكن ردها.

٢١٣- العقود المسماة والعقود غير المسماة

العقد المسمى هو العقد الذي خصه المشرع بإسم معين وفصل أحكامه لعظم شيعه بين الناس، كالبيع والإجارة والهبة.

أما العقود غير المسماة فهي التي لم تحظ من المشرع بتنظيم أو بإسم معينين لقلة شيعهها بين الناس. كاتفاق مستشفى مع كلية طب على وضع

عدة أسرة تحت تصرف الكلية للتعليم والبحث الطبى. والعقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الإرادة حرة تستطيع انشاء ما تريد من العقود فى حدود النظام العام والآداب.

وأهمية هذا التقسيم أنه اذا سككت المتعاقدان عن ذكر بعض أحكام عقد من العقود المسماة (contrats nommés) يرجع فى كلمة هذا القسم إلى الأحكام الخاصة التى أوردها المشرع فى شأنه، أما إذا كان العقد من العقود غير المسماة (contrats innommés) فيرجع بالنسبة له إلى القواعد العامة فى الالتزام.

٣١٤- العقود البسيطة والعقود المختلطة:

العقد البسيط (contrat simple) هو الذى يتناول نوعاً واحداً من العقود كالبيع أو الإيجار.

أما العقد المختلط (Contrat mixte) فهو الذى يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها ببعض الآخر، وعادة يكون من العقود غير المسماة، مثال ذلك العقد بين صاحب الفندق والفريل، فهو مجموع يشمل عقد إيجار بالنسبة إلى الغرفة، وعقد عمل بالنسبة إلى الخدمة، وعقد بيع بالنسبة إلى طعام، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة.

وأهمية هذا التقسيم أن العقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره أحكام العقود المختلفة التى امتزجت فيه، ولكن إذا تناقضت هذه الأحكام فيجب ترجيح أحد العقود بإعتباره العقد الرئيسى ونطبق أحكام هذا العقد دون سواه، وهو ما فعله القضاء المصرى بالنسبة لعقد الهاتف وهو يتور بين عقد العمل وعقد الإيجار، فغلب فيه عنصر العمل.

٢١٥- منهج البحث،

ستلعب في دراستنا لنظرية العقد الترتيب الآتي:

أولاً- إنعقاد العقد.

ثانياً- نطاق العقد وآثاره .

ثالثاً- تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية.

الفصل الأول

إنعقاد العقد

٣١٦- أركان العقد،

أركان للعقد هي التراضي والمحل والسبب، وسنضيف إليها في دراستنا للجزاء المترتب على الإخلال بأي ركن من هذه الأركان.

الفرع الأول

التراضي

٣١٧- بيان الموضوعات،

ينصل بموضوع التراضي البحث في: طرفي العقد، ووجود التراضي، وصحته.

المبحث الأول

طرقا العقد

٣١٨- الأهلية والنيابة هي التعاقد،

الأصل أن الرضاء الذي يتم به إنعقاد العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ قد يتم للعقد عن طريق

النيابة، فيكون الرضا صادراً من النائب وليس من الأصل، كما أن الرضا لا يكون معتبراً إلا إذا صدر من شخص ممنوع بالأهلية.

المطلب الأول

الأهلية

٢١٩- أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

يتصرف إصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب، وتارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء، وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعظمها أو نقصها لأهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا إنعظمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء.

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية لا بالإرادة.

لما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة. فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجره الشخص، وإن كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال، وإذا كانت معدومة كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد سبق لنا دراسة موضوع الأهلية^(١).

المطلب الثاني

النيابة هي التعاقد

٢٢٠- التعريف بالنيابة:

النيابة (Représentation) هي حلول لولاية النائب محل إرادة

(١) راجع بند ١٦٦ وما بعده.

الأصيل في إيراد تصرف قانوني مع إضافة آثاره إلى شخص الأصيل، كما لو تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر في بيع عقار مملوك له، فإن العقد ينعقد بإرادة النائب وإرادة المشتري، أما آثار البيع فيضاف ما تعلق منها بحقوق والالتزامات البائع إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب الذي حل محله في اتعلم العقد.

ومن بحث فيما يتعلق بالنيابة: أولاً في شروط وجود النيابة، وثانياً في أحكام النيابة.

١- شروط وجود النيابة

٣٢١- بيان الشروط

لكي يتحقق وجود النيابة لابد من توافر شروط معينة وهي: أولاً- إحلل إرادة النائب محل إرادة الأصيل. ثانياً- اتعلم بالنيابة. ثالثاً- إلزام النائب حدود النيابة.

٣٢٢- الشرط الأول- إحلل إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

ينعقد التصرف الذي يتم بطريق النيابة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، وفي هذا يفترق النائب عن الرسول الذي يعتبر حاملاً فقط لرضاء المتعاقد، شأنه في ذلك شأن الخطاب، وإذا اعتبر التعاقد برسول تعاقدنا بين غائبين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد، على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقدنا بين حاضرين إذا منع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

كذلك يخرتب على إلحاق العقد بإرادة النائب وليس بإرادة الأصيل،

أنه ينظر فيما يتعلق بحسن وسوء النية، وفيما يتعلق بعيوب الإرادة، إلى شخص النائب وليس إلى شخص الأصل (م ١٠٤ مدني).

٢٢٣ - الشرح الثاني - العلم بالنيابة:

يشترط لكي تصانف آثار التصرف الذي يقعه النائب مع الغير إلى شخص الأصل، أن تتجه إرادتهما إلى ذلك، وهذا يفترض أن يكون العلم بالنيابة مشتركاً بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها.

والعلم بوجود النيابة قد يكون حقيقياً أو حكماً. كما لو أعلن النائب عند التعاقد أنه يتصل باسم الأصل، حكماً إذا كانت الظروف تفترض حينما علم الغير بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك، كمن يدخل محلاً تجارياً لشراء شيء منه، فيفترض فيه العلم بأن العامل أو الموظف الذي يتولى البيع ليس إلا نائباً عن صاحب المحل.

٢٢٤ - الشرط الثالث - التزام النائب بحدود النيابة:

لكي تصانف آثار النيابة أي آثار التصرف الذي يعقد بطريق النيابة إلى الأصل، يشترط ألا يخرج النائب عن حدود النيابة. والنيابة قد تقيد من حيث الأشخاص، أو من حيث الموضوع.

فمن حيث الأشخاص، قد تكون النيابة عامة تتصرف إلى الغير كافة، وقد تتحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره.

ومع ذلك فإنه حتى بالنسبة للنيابة العامة يوجد قيد ضمني هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه، بأن يكون غائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه في العقد، أو أن يكون نائباً عن طرفي العقد معاً، إلا إذا وافق الأصل على ذلك. والعلة في هذا القيد هو الصعوبة التي يستشعرها النائب في مثل هذه الحالة في التوفيق بين المصالح المتضاربة.

ومن حيث الموضوع قد تتناول النيابة جميع التصرفات بصفة عامة، أو نوعاً معيناً منها أو تصرفاً معيناً بالذات لا يستطیع النائب إجراء غيره .
هذا ويلاحظ أن النيابة الواردة في ألفاظ صامة لا تنصرف إلا لأعمال الإدارة فقط (م ٧٠١ مدني و ٧٧٨ موجبات) .

٢- أحكام النيابة

٢٢٥- الآثار التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة:

يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار معينة بالنسبة للأصل، وبالنسبة للنائب، وبالنسبة للغير الذي تعاقد مع النائب .

فبالنسبة للأصيل نضاف إليه آثار التصرف سواء أكانت حقوقاً أم التزاماً، ولذا ينظر إلى شخص الأصيل وليس إلى شخص النائب لتقدير الصلاحية لإكتساب الحق، وتحديد صفة الإلزام الذي ينشأ عنه فيما إذا كان التزاماً مدنياً أم تجارياً .

وبالنسبة للنائب، فإنه يعتبر أجنبياً عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بإرادته، لأن ما يربطه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى الأصيل .

وبالنسبة للغير فإنه يرتبط بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل مباشرة، فيكتسب قبل الأصيل كافة الحقوق التي يربطها له هذا التصرف، ويلتزم قبله بكافة الالتزامات التي يولدها في ذمته هذا التصرف .

المبحث الثاني

وجود التراضي

٢٢٦- معنى التراضي:

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي

العقد. وعادة يتعاقب التعبير عن هاتين الإرادتين المتطابقتين، فبصدر الإيجاب أولاً ثم يتبعه قبول مطابق له.

٢٢٧- التعبير عن الإرادة.

للقاعدة العامة فيما يتعلق بانعقاد العقد هي للرضائية إلا إذ تطلب القانون أو ضاعاً معينة بجانب الكراهية لنظام العقد، كما هو الشأن في العقد الشكلى والعقد العينية.

ولا يخضع التعبير عن الإرادة في العقود الرضائية لشكل خارجي معين، ولذا يصح أن يكون صريحاً أو ضمناً، معلناً بالقول أى بالألفاظ، مباشرة أو بواسطة الهاتف أو بواسطة شريط مسجل، أو بالكتابة في أشكالها المتعددة من كتابية بخط اليد أو بآلة كاتبة أو بآلة طابعة أصلاً كان أو صورة، موقفاً عليها أو غير موقع، أو بخطاب أو فشرة أو إعلان، أو سند عرفي أو سند رسمي، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالة على المقصود منه كالجلوس في عربة نقل، إذ به يتعدّد النقل.

على أن هذه الحرية التي للمتعاقدين في التعبير عن إرادتهما يحد منها ما يتطلبه القانون في شأن إثبات العقد، ولذا يلجأ للمتعاقدان عادة إلى الكتابة كوسيلة لإثبات العقد.

٢٢٨- التعبير الصريح والتعبير الضمني.

الأصل أن التعبير الضمني كالتعبير للصريح في قوته، غير أنه في بعض الأحيان يجب أن يكون للتعبير صريحاً. إما لأن القانون يتطلب ذلك ومثاله أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى الدين، وإما لأن المتعاقدين قد إتفقا على

هنا، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز النزول عن الإيجار أو تأجير العين من الباطن إلا برضاء المؤجر كتابة.

٢٢٩- التعبير عن الإيجاب

يتخذ التعبير عن الإيجاب عادة مظهراً صريحاً سواء كان ذلك بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود، كعرض التاجر بضاعته في وجهة العمل التجاري أو في داخله مع وضع بطاقات ببيان أثمانها عليها.

كذلك قد يكون الإيجاب ضمناً، كالإيجاب الصادر من المستأجر الذي انتهت مدة اجارته والمستفاد من بقاءه في العين المؤجرة.

هذا ولا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين بالذات، بل يصح بالإيجاب ولو كان موجهاً لشخص غير معين كالإيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق النشرات أو الإعلانات في الصحف أو عن طريق عرض البضائع في واجهات المحلات للتجارية.

٢٣٠- التعبير عن القبول

قد يكون التعبير عن القبول كاللتصريح عن الإيجاب صريحاً أو ضمناً، والتعبير للضمنى يصادف عادة في القبول عنه في الإيجاب، من ذلك عدم إخضاع المؤجر على بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، إذ يعتبر ذلك قبولاً ضمناً من المؤجر للإيجاب الضمنى الصادر من المستأجر في شأن تجديد عقد الإيجار.

٢٣١- هل يعتبر السكوت قبولاً؟

يتميز قبل الكلام في السكوت التفرقة بينه وبين التعبير الضمنى، لأن التعبير الضمنى وضع إيجابى يستفاد من بعض الوقائع، أما السكوت

فوضع ملهى، ولما كانت الإرادة عملاً إيجابياً فلا يتصور كفاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيراً عنها.

والسكوت لا يتضمن على وجه الإطلاق إيجاباً لأنه عدم، والعدم لا ينبئ بشئ، وهو كذلك لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان ملابساً.

والسكوت يعتبر ملابساً في حالات معينة أشارت إليها المادة ٩٨ مدنى، من ذلك إذا تمخض الإيجاب عن منفعة من وجه إليه، فيعتبر السكوت قبولاً، كعارية استعمال تعرض على المستعير فيسكت، أو إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، كتأجير إعداد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر رداً، فيعتبر سكوت العميل قبولاً، أو إذا كان العرف التجارى يقضى بـ اعتبار السكوت دليلاً على الرضا، ومما جرى به العرف للتجارى مثلاً أن يرسل المصرف إلى العميل بياناً بحسابه، ويذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان في مدة معينة يعتبر إقراراً له.

٣٢٢- القبول في عقود المزارع

الذى يعينها في عقود المزارع هو تحديد متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول، وقد أجابت على ذلك المادة ٩٩ مدنى، ووفقاً لها يكون مجرد إفتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزارع.

٣٢- القبول في عقود الأذعان

إذا كان الوضع المادى فى المقود أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان فى شروط العقد وأحكامه، إلا أنه قد يحدث، وهذا كثير الوقوع الآن، أن أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الإقتصادية بحيث

يفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطاً يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالات أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيطة، ويطلق على العقود التي من هذا النوع اسم عقود الإذعان (Contrat d'adhésion).

ويعتبر للعقد من عقود الإذعان إذا توافرت فيه الخصائص الآتية وهي:

١- أن يتعلق العقد بسلع أو مرفق يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المندفعين.

٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها للمناقشة محدودة النطاق.

٣- أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متعائلة ولمدة غير محدودة وأهمية التفرقة بين عقد الإذعان وبين غيره من العقود، أنه إذا كانت القاعدة أن الشك يفسر في مصلحة المدين، عند غموض عبارة العقد، إلا أنه في عقود الإذعان للشك لمصلحة الطرف المدّعين فلنا كان أم مدينا (م ١٥١ مدني).

٣٢٤- تبادل التعهير عن الاوادة،

يفترض العقد صدور إيجاب ينبع من قبول، وإذا كان القبول مطاباً للإيجاب لتعقد العقد، أما إذا كان معدلاً له بالزيادة أو للنقصان، فيعتبر رفضاً للإيجاب، وإيجاباً جديداً يستلزم قبولاً من الطرف الآخر (م ٩٦ مدني).

والتعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، تسبقه مفاوضات بين المتعاقدين يمر فيها التعاقد بمراحل مختلفة، من ذلك مرحلة الوعد بالتعاقد، ولتعاقد بالعريون.

٣٢٥- الوعد بالتعاقد:

للوعد بالتعاقد، كالوعد بالبيع مثلاً، عقد يلزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة. وكثيراً ما يلجأ إلى هذا العقد في الحياة العملية، من ذلك أن شركات لبناء العقارية، رغبة منها في تيسير تأجير مبانيها، تضمن عقود الإيجار الصادره عنها وعداً ببيع العين إلى المستأجر، كذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع في أعمالها في المستقبل إلى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها إذا أبدت رغبته في الشراء في مدة معينة.

ولكي يتعدى عقد الوعد لأبد من توافر شروط معينة هي:

أولاً - الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد موضوع الوعد، فإذا كان بيعاً، فيجب الاتفاق في عقد الوعد على البيع والثمن، وإذا كان إيجاراً فيجب الاتفاق فيه على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار.

ثانياً - المدة، إذ يجب أن يحدد في عقد الوعد مدة يظهر الموعود له رغبته فيها، إلا أن منع انعقاد الوعد، هذه المدة قد تنقضي عليها صداقة أو صغرها، ويلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال هذه المدة، فإذا انقضت دون أن يعلن الموعود له رغبته في استيفاء الوعد، ينقضي إلزام الواعد (١٠١/١ مدني) (١).

ثالثاً - الشكل، ذلك أنه إذا كان الأصل في عقد الوعد أن يكون رضائياً، إلا أنه إذا كان العقد موضوع الوعد من العقود الشكلية كالهبة

(١) لم يتطلب القانون اللبناني توافر شرط المدة إلا بالنسبة إلى الوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية).

والرهن الرسمي، فيتعين أن يتوافر في عقد الوعد الشكل اللازم توافره في العقد موضوع الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه (م ١٠١/٢ مدني) -

ولذا أبدى الموعود له رغبته في إسقياء الوعد قبل انقضاء المدة، إنعقد العقد موضوع الوعد، ويعتبر منعقداً من وقت ابداء هذه الرغبة، لا من وقت قيام الوعد.

٢٣٦- التعاقد بالعريون:

العريون (Les arrhes) مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد.

والغرض من دفع العريون إما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة ونقض العقد، وإما الدلالة على أن العقد قد نهائياً وأن القصد من دفع العريون هو ضمان تنفيذه. ويرجع إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد الغرض من دفع العريون، فإذا كانت هذه النية غير واضحة اعتبر دفع العريون دليلاً على ثبوت خيار العدول (م ١٠٢/١ مدني). وإذا عدل من دفع العريون ففقد، وإذا عدل من قبض العريون رد ضعفه، ولو لم يترقب على العدول أي ضرر (م ١٠٢/٢ مدني).

٢٣٧- التعاقد بين غائبين:

قد لا يضم المتعاقدين مجلس واحد فتعني فترة من الوقت بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما في العقود التي تتم بالمراسلة أي بالبريد أو البريد أو بواسطة رسول. وفي هذه الحالة يشكل الأمر فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، هل انعقد في الوقت والمكان

الذين صدر فيهما القبول، أم في الوقت والمكان اللذين علم فيهما بموجب بالقبول.

أخذ القانون اللبناني في هذا الموضوع بنظرية إعلان القبول، باعتبار أن تعقد توافق إرادتين، فإذا قبل من وجه إليه الإيجاب التعبير الصادر من الطرف الآخر، تم العقد دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت آخر (م ١٨٤ موجبات). ويميب هذه النظرية أن الموجب ستمضي عليه فترة عدم استقرار لا يعلم فيها إذا كان العقد إنعقد أم لا.

أما القانون المصري فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول (م ٩٧ مدني) باعتبار أن العقد وإن كان توافقاً بين إرادتين، إلا أنه يجب أن يعلم كل طرف بقيام هذا للتوافق، أي يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به.

المبحث الثالث

عيوب الرضاء

٢٢٨- الإرادة خيرة الوجود والإرادة المعيبة،

العقد نصرف قانوني قوامه الإرادة، والإرادة قد تكون غير موجودة أي معدومة وفي هذه الحالة يعتبر العقد باطلاً أي غير موجود، وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من عيوب الرضاء، وفي هذه الحالة يقوم العقد ولكنه يكون قابلاً للإبطال.

والإرادة تعتبر معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز والمجنون، وتكون معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال. وسنتناول بالبحث كل عيب من هذه العيوب.

المطلب الأول

الغلط

٢٣٩- التعريف الغلط،

الغلط (L'erreur) وهم يفوم في ذهن الشخص بحمله على اعتقاد غير الواقع، كمن يشتري قطعة حلى على أنها من الذهب الخالص فيبين أنها من الفضة المغطاة بطبقة من الذهب.

ويشترط لإعتبار للغلط سبباً للرمي توافر شرطين: الأول- أن يكون الغلط جوهرياً. الثاني- أن يكون الغلط داخلياً في نطاق العقد.

٢٤٠- الغلط الجوهري:

يعتبر الغلط جوهرياً في القانون المصري (م ١٢١ مدني) إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، أي إذا بلغ حداً من الجسامه يمنع معه المتعاقد عن إبرام للعقد لو لم يقع في هذا الغلط، سواء في ذلك وقع الغلط في الشيء أم في الشخص أم في القيمة لم في الباعث، أم في القانون.

ومثال الغلط في الشيء أن يشتري شخص بحفة على أنها أثريه فيظهر أنها حديثة الصنع، ومثال للغلط في شخص المتعاقد أن يعهد شخص إلى مهندس زراعي بالاشراف على زراعته، فيتضح أنه لا يحمل مؤهلاً علمياً، والغلط في شخص المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد إذا كانت شخصيته محل إعتبار في العقد، سواء في ذلك تناول الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته. وذات المتعاقد تكون بوجه عام محل إعتبار في العقد إذا كان من عقود التبرع، أما إذا كان من عقود المعاوضة، فلا تكون ذاته محل إعتبار في العقد إلا على سبيل الاستثناء، كما في عقد الشركة.

ومثال للغلط في القيمة أن يبيع شخص إلى آخر مسهما بقيمته الفعلية جهلاً منه بأن السهم قد ربح جائزة كبيرة. ومثال للغلط الباعث أن يستأجر

موظف مسكناً في بلد معين على اعتبار أنه نقل إليه، ثم يتبين أنه لم ينقل^(١).

ومثال الغلط في القانون أن يبيع شخص حصته في الشركة، معتقداً أن نصيبه الشرعي هو ثمن الشركة، ثم يستبين بعد ذلك أنه ورث ربع الشركة.

٣٤١- الغلط الداخلي في نطاق العقد:

يشترط في الغلط حتى يؤدي إلى إبطال العقد أن يكون داخلاً في منطقة العقد، أي داخلياً فيما اتفق عليه المتعاقدان أو فيما يفترض إتفاقيهما عليه، بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في هذا الغلط أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه العلم به (م ١٢٠ مدني)^(٢).

فمن يشتري شيئاً على أنه أثري من تاجر عادي، ثم يتبين أنه غير أثري، يفترض علم التاجر بنية المشتري في شراء شيء أثري، ولذا يعتبر الغلط داخلياً في نطاق العقد.

(١) راجع في شأن حالات الغلط الجوهري في القانون اللبناني ما تقتضيه به المادة ٢٠٤ موجبات أنه: بعد الرضى متعدياً فقط والعقد قابلاً للإبطال: ١- إذا كان الغلط يتعلق بصفات الشيء الجوهرية. ٢- إذا كان الغلط يتعلق بهوية الشخص أو صفاته الجوهرية في الأفراد المنظور في إنشائها إلى شخص المعقد. ٣- إذا كان الغلط يتعلق بفاضية سبب السوجب (كإنشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه معنى مع أنه كان متجهياً فقط).

(٢) يتطلب القانون اللبناني أن يكون الغلط مشتركاً إذا كان واقعاً في صفة جوهرية في الشيء فقط (م ٢٠٧ موجبات).

المطلب الثاني

التدليس

٣٤٢- التعريف بالتدليس،

التدليس أو الخداع كما يسميه القانون اللبناني (Le dol) هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد. ويظهر من هذا التعريف أن التدليس لا يعتبر عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، بل هو علة لعيب آخر، وهذا العيب هو الغلط، ذلك أن الغلط إما أن يكون تلقائياً، أي يفترق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وإما أن يكون مستشاراً، أي تلبره في الذهن الحيل التي أستخدمت مع التعاقد، وفي الحالتين يكون العقد قابلاً للإبطال.

٣٤٣- عناصر التدليس،

يشترط لقيام التدليس في القانونين المصري واللبناني (م ٢٥ و ١٢٦ مدني و ٢٠٨ و ٢٠٩ موجبات) توافر عناصر ثلاثة هي: أولاً- استعمال الحيلة. ثانياً- نية التصليب للوصول إلى غرض غير مشروع. ثالثاً أن تكون الحيلة مؤثرة أي تعمل على التعاقد.

٣٤٤- العنصر الأول - استعمال الحيلة،

تتخذ الحيلة المستعملة في التدليس صوراً شتى تختلف باختلاف حالة المتعاقد المتدلس عليه. وعادة تتكون الحيل من وقائع إيجابية أي من تأكيدات كاذبة تستند بطرق احتيالية بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن التعاقد أو إيهامه خلا للواقع. كما صطناع أحد المتعاقدين لمستندات مزورة أو إتخاذ مظاهر خداعة بقصد حمل الطرف الآخر على التعاقد.

والأصل أن الكذب أو الكتمان وحده لا يكفي لتكوين عنصر حيلة،

إلا إذا تناول واقعة لها أهميتها عند التعاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير السليمة التي صدرت له في شأنها، أو لولا إخفائها عنده، مثال ذلك، كتمان المؤمن على حياته عن شركة التأمين مريضاً خطيراً أصابه قبل التأمين.

٢٤٥- العنصر الثاني- نية التضليل، للوصول إلى غرض مشروع؛

يجب أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مصحوبة بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا انتفت نية التضليل فلا تدليس، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار من إنحال أحسن الأوصاف لسلعهم والمبالغة في ذلك.

كذلك يجب أن يكون المقصود من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا كان الغرض مشروعاً فلا تدليس، كما لو استعمل المودع وقد تبين له أن المودع عند غيره أمين، طرفاً إحتيالية للحصول منه على إقرار بالوديعة.

٢٤٦- العنصر الثالث - أن تكون الحيلة مؤثرة؛

يجب أن تبلغ الحيلة من الجسامة حداً يعتبر دافعاً للمتعاقد على التعاقد، وجسامة الحيلة يرجع فيها إلى معيار شخصي أي ذاتي، لأنها تتوقف على حالة الشخص المتدليس عليه، إذ من الناس من يصعب خداعه، ومن الناس من يسهل خداعه.

٢٤٧- التدليس الصادر من أجنبي عن العقد؛

إذا كان الأصل هو وجوب صدور التدليس ممن كان طرفاً في العقد أو من نائبه، إلا أنه إذا صدر التدليس من أجنبي عن العقد يجب أن يكون التعاقد المستفاد من هذا التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتماً علمه به. فإن لم يثبت ذلك فلا يجوز إبطال العقد.

المطلب الثالث

الإكراه

٣٤٨- التعريف بالإكراه:

الإكراه أو الخوف كما يسميه القانون اللبناني (Violence) منط على الشخص بولد فى نفسه رهبة تحمله على التعاقد.

وهذا الرصف للإكراه ينصرف إلى الإكراه المفسد للرضا، وهو ما تكلم عنه، لأن فيه الإرادة موجودة وإن لم تكن مخفارة، على عكس الإكراه المعدم للرضا والذي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، كما لو أمسك المكره بيد المكره والقلم فيها للتوقيع على العقد، أو نومه قنويا مغناطيسيا، وأوحى إليه بإمضاء العقد. والإكراه المفسد للرضا قد يكون حسيا، ووسيلة الإكراه الجسماني إنا وقع فعلا، فيقبل الشخص العقد تخلصا من الألم، وقد يكون نفسيا ووسيلة التهديد بالإيذاء بالقتل أو الضرب، فيقبل الشخص العقد تفاديا للألم المستقبلي.

٣٤٩- عناصر الإكراه:

يشترط لتوافر الإكراه فى القانونين المصرى واللبناني (م ١٢٧ و ١٢٨ مصرى و ٢١٠ إلى ٢١٢ موجبات) توافر عنصرين: أولهما أن يبعث فى نفس المكره رهبة قائمة على أساس. وثانيهما أن يكون بعث هذه الرهبة حاصلأ دون حق، أى عدم مشروعية الرهبة.

٣٥٠- العنصر الأول - بعث الرهبة:

الرهبة التى تفسد الرضا يكون مبعثها عادة للتهديد بالحق

الأذى بالنفس بالنقل مثلاً، أو الجسم بالضرب أو التعذيب، أو بالمال بالانقلاف أو الحرق، الخ أو بالسمعة بالتشهير.

ولا يشترط لبعث الرهبة وفساد الرضا أن يكون التهديد بالحاق الأذى خاصاً بشخص المتعاقد أو بماله أو بشرفه، بل أن التهديد بالحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد ممن تربطه به رابطة القرابة أو النسب أو الصداقة قد يولد في نفس العاقد مثل هذه الرهبة التي تجعله على التعاند.

ويشترط في الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس، وللرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره، أي يشترط في الخطر - وهو مبعث الرهبة - أن يكون جسيماً وأن يكون محققاً أي وشيك الوقوع.

وقد يكون مصدر الرهبة الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي لشخص على شخص آخر إذا تجاوز صاحب النفوذ استغلال نفوذه.

٢٥١- العنصر الثاني - عدم مشروعية الرهبة،

لا يعتبر الإكراه عيباً في الرضا إلا إذا كان غير مشروع. والإكراه يكون مشروعاً أو غير مشروع بحسب الغرض منه. فإذا كان الغرض منه حصول المكره على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع، كمن يهدد آخر بالتشهير به إن لم يدفع له مبلغاً من المال. أما إذا كان الغرض منه مشروعاً، أي كان الغرض منه حصول الشخص على حق له، فإن الإكراه لا يفسد الرضا، كتهديد امرأة لخليها بالتشهير به عند خطيبته إن لم يعرضها عن الضرر الذي أصابها بسبب العلاقة السابقة بينهما.

٢٥٢- إنعاش الرهبة عن إكراه صادر من الغير أو من ظروف قهيات مصادفة، الأصل في الإكراه المفسد للرضا أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر، فإن كان صادراً من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا في القانون المصري إلا إذا كان متصلاً بالعقد الآخر المستفيد منه، بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتماً علمه به^(١).

وفد لا يصدر الإكراه من شخص ما بل تولده الظروف مصادفة، فيستغل أحد المتعاقدين هذه الظروف المنقط على إرادة المتعاقد الآخر الذي وقع تحت تأثيرها، كشخص يصاب في حادث بعيد عن العمران، فيرفض آخر نقله إلا إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال.

المطلب الرابع

الاستغلال

٢٥٣- الاستغلال والخبث:

الاستغلال والخبث هو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يربتها العقد، أي عدم التعادل بين ما يبذله التعاقد وما يأخذه، وإذا نظر إلى عدم التعادل من الناحية المادية سمي غيباً (Lesion)، وإذا نظر إليه من الناحية النفسية سمي إستغلالاً (exploitation).

٢٥٤- عناصر الاستغلال:

بمستقراء أحكام للقانونين المصري والنفائي (م ١٢٩ مدني و ٢١٤ موجبات) يوضح أنه يجب توافر عنصرين تربط بينهما رابطة السببية

(١) لا يشترط في القانون النفائي في الإكراه الصادر من الغير أن يكون المتعقد المستفيد منه على علم به.

حتى يمكن الطعن في العقد على أساس الاستغلال، وأحد هذين الحصرين مادي أو موضوعي، والآخر نفسي أو ذاتي.

٢٥٥- العنصر المادي:

العنصر المادي هو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وبين قيمة ما يعطى، وهذه القيمة تتدرج باعتبار حال التعاقد وقت التعاقد، أي باعتبار ظروفه الشخصية، فإذا كان غاوياً يرغب في الحصول على تحفة، ويقبل على شرائها بالرغم من أن قيمتها المادية لا تعادل الأمن المطلوب فلا يعتبر مغبوناً، لأن الاستغلال يتطلب أن يكون المغبون عاجزاً عن تقدير قيمة ما يعطى وقيمة ما يأخذ بسبب ظروفه الخاصة كالعيش البين أو الهوى الجامح. وعدم التعادل بين الالتزامات لم يرمز إليه المشرع برقم معين، بل ترك للقاضي تقديره بالنظر إلى ظروف التعاقد وشروط العقد.

والاستغلال كما قد يقع في عقود المعاوضات، قد يقع كذلك في أعمال التبرعات كالهبة أو الوصية، لأن أعمال التبرعات فاقدة بطبيعتها لعنصر التعادل أي للعنصر المادي، لأن للتبرع يعطى ولا يأخذ، فإذا اضيف إلى هذا العنصر، العنصر الذاتي وهو العنصر النفسي، بأن استغل ما في المتبرع من ضعف، تحقق عيب الاستغلال.

٢٥٦- العنصر النفسي:

العنصر النفسي هو استغلال التعاقد لما في المغبون من نقص، وقد قصرت المادة ١/١٢٩ مدني حالات النقص على العيش البين أو الهوى الجامح فقط، أما المادة ٢١٤ موجبات فتصرفه إلى حالات الضيق أو العيش أو عدم الخبرة.

والطيش مرض في للشخص يمنعه من البصر بعراقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن.

والهوى الجامح رغبة شديدة تقوم في نفس للشخص، ولو لم يكن معروفا بالطيش، تفقده دون أن يدري سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة، كأن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة شابة، تستغل هواه لكي يهرم لصالحها عقوداً تضر بأولاده.

والضيق يكون عادة مالياً أو لقتصادياً، مستمراً أو مؤقتاً، حقيقياً أو صورياً يتوهمه العاقد، وهو كما قد يلم بالشخص الطبيعي قد يلم بالشخص المخوي.

وعدم الخبرة هو الجهل بالأمور، كالجهل بالعادات التجارية أو الحرفية أو الاجتماعية وهو ليس وقفاً على غير المتعلم، لأن الشخص المثقف إذا خرج عن دائرة نشاطه العادية، فقد الخبرة اللازمة للبصر بنتائج الأعمال.

وسواء كان النقص الذي بالمعيقين طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، أو صيقاً، أو عدم خبرة، فيجب أن يكون معطوماً من الطرف الآخر وأن يفصد استغلاله.

٢٥٧- جزاء الاستغلال،

جزاء الاستغلال في القانون المصري يتصل في أحد أمرين هما:

القابلية للإبطال أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون. ويسقط الحق في إقامة الدعوى بأي من هذين الجزاءين إذا مضت سنة على تاريخ للعقد.

أما في القانون اللبناني فالجزاء هو إبطال العقد، كما هو الأمر

بالنسبة لباقي عيوب الرضا، وتتقضى الدعوى بنقض المدة المقررة لإنقضاء الحق في باقي العيوب وهي عشر سنوات من وقت إكتشاف العيب أو انقضاءه.

٢٥٨- حالات القين المادية:

بجانب الاستغلال توجد حالات أخذ فيها المشرع بفكرة القين المادية، وفي هذه الحالات تقوم قيمة الشيء وفقا لقانون العرض والمطلب دون نظر إلى ظروف التعاقد.

وهذه الحالات يتناولها المشرع بنصوص خاصة، من ذلك حالة بيع عقار غير كامل الأهلية في القانون المصري (م ٤٢٥ مدني)، وحالة مجاوزة سعر الفائدة (م ١/٢٢٧ مدني). ففي الحالة الأولى إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. وفي الحالة الثانية إذا إتفق على فوائد تزيد على ٧٪ وجب تخفيضها إلى هذا الحد.

الضلع الثاني

المحل

٢٥٩- التعريف بالمحل:

محل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين. وعادة يقال أن محل الإلتزام أما أن يكون إعطاء شيء كنقل ملكية أو ترتيب حق عيني تبعي كرهن على شيء، ولما أن يكون القيام بعمل كإلتزام مقارن ببناء منزل، ولما بإمتناع عن عمل كإلتزام بائع المتجر بالإمتناع عن مزولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر للبيع.

وتنقسم محل الإلتزام إلى هذه الأنواع الثلاثة محل نظر، لأنه في الإلتزام بإعطاء، يلتزم المدين فقط بالقيام بعمل هو إنمام الإجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق كالقيام بإجراءات التسجيل، أما الحق نفسه فإنه ينتقل أو يترتب بحكم القانون. ولذا فالأصح أن يقال أن محل الإلتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

٣١٠- شروط المحل - إعماله:

يشترط في محل الإلتزام سواء كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ثوابت شروط معينة نص عليها المشرع (م ١٣١-١٣٥ مدني ١٨٦-١٩٢ موجبات). وهذه الشروط هي: أولاً- أن يكون موجوداً أو ممكناً. ثانياً- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. ثالثاً- أن يكون مشروعاً (١).

الفرع الثالث

السبب

٣١١- سبب العقد وسبب الإلتزام:

سبب العقد هو ما يدفع الشخص إلى التعاقد، والدوافع أو الباعث على التعاقد ليس واحداً بالنسبة لمختلف العقود، بل هو ليس واحداً بالنسبة للعقد الواحد لأنه يختلف باختلاف التعاقد، فقد يقترض شخص لسداد دين عليه، ويقترض آخر لشراء عين يرغب فيها، ويقترض ثالث للقيام برحلة... وهكذا يختلف سبب العقد أي الدافع إلى التعاقد باختلاف شخص المتعاقد.

(١) راجع البند ١٩٢ وما بعده.

أما سبب الإلتزام أى ما يحمل الشخص على الإلتزام فهو واحد لا يتغير
فى كل نوع من أنواع العقود، ففى البيع مثلاً سبب إلتزام المشتري بدفع
الثمن إلى البائع هو الإلتزام بتسليم المبيع ليه، وسبب إلتزام البائع بتسليم المبيع
إلى المشتري هو إلتزام المشتري بدفع الثمن له، أى أنه فى جميع البيوع
سبب التزام البائع أو سبب التزام المشتري واحد لا يتغير.

وعلى هذا النحو يقال أنه فى العقود التبادلية كالبيع والإيجار سبب التزام
كل متعاقد هو إلتزام المتعاقد الآخر. وفى العقود الملزمة لجانب واحد
كالوديعة غير المجورة، سبب إلتزام المودع لديه بالرد، هو التسليم، وفى
التبرعات سبب إلتزام المتبرع هو نية التبرع.

٣١٢- شروط سبب العقد:

يشترط فى سبب العقد أى الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً،
أى ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فمن يهب امرأة مالا بخرص
إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يكون عقد الهبة الصادر منه باطلاً.

٣١٣- شروط سبب الإلتزام:

يشترط فى سبب الإلتزام أن يكون موجوباً، فإذا تخلف السبب بطل
الإلتزام، والسبب فى عقود التبرع هو نية التبرع، وفى العقود العينية هو واقعة
تسليم الشئ، وفى العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف، فإذا لم يوجد
المسبب فى أى من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد. ومن الأمثلة على
إنعدام السبب ما يسمى «بمسند المجاملة» (effet de complaisance) وصورته
أن يحتاج شخص إلى مبلغ من المال، فسيوكل

إلى صديق له، فيوقع له هذا الصديق سنداً بمديونيته حتى يستطيع الحصول على قيمته عن طريق تحويله، على أن يورد قيمته إلى موقع السند عند حلول ميعاد الدفع حتى يستطيع الوفاء بقيمته لحامل هذا السند، فهذا سبب الإلزام غير موجود، ويمكن الاحتجاج بعدم وجوده فيما بين المدين ودائنه السوري.

الفرع الرابع

جزاء الإخلال بركن من أركان العقد

٣١٤- الصحة والبطان المطلق والبطان النسبي:

يمكن التفرقة فيما ينطق بالعقد بين حالات ثلاث هي: الصحة، والبطان المطلق، والبطان النسبي.

والحالة الأولى وهي الصحة تقوم إذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وشكل إذا كان من العقود الشكلية كالهبة، وتوافرنى كل ركن من هذه الأركان الشروط التى يتطلبها القانون.

والحالة الثانية وهي حالة للبطان المطلق وتتحقق إذا نقص للعقد ركن أو أكثر من أركانه، بأن كان الرضاء معدوماً، أو كان المحل مستحيل أو غير معين أو غير مشروع، أو كان سبب الإلزام غير موجود، أو كان سبب العقد غير مشروع، أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها.

والحالة الثالثة وهي حالة للبطان النسبي وتتحقق إذا نقص العقد شرط من شروط الصحة بأن كان أحد المتماثلين ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بسبب من عيوب الرضا وهي: الخلل والخلل (الخداع) والإكراه (الخوف) والاستغلال.

٢٦٥- من له التمسك بالبطان:

ترجع علة بطلان العقد بطلاناً مطلقاً إلى عدم توافر ركن من أركانه، أي ترجع إلى إنعدام العقد قانوناً. وما دامت علة البطلان راجعة إلى عدم قيام العقد، فيجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل من الطرفين ولكل صاحب مصلحة التمسك به .

والمقصود بصاحب المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه إتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح، وهذا هو الدائن، والخلف العام كالوارث، والخلف الخاص كالمشتري. فالدائن مثلاً له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف للصائر من مديونة لأن مثل هذا التصرف إذا لم يتقرر بطلانه سيؤثر في الجانب الإيجابي من ثمة الدين بالانقراض منه. والخلف العام كالوارث له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف من المورث لرد العين المتصرف فيها إلى التركة، والخلف الخاص كالمشتري له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف السابق صدره من البائع في شأن العين المباعة حتى تخص له هذه العين.

أما للعقد القابل للإبطال فلم تتقرر قابلية إبطاله إلا لحظة توافرت في جانب أحد المتعاقدين، وهي نقص في أهليته أو عيب في رضاه، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دين المتعاقد الآخر طلب لإبطال العقد (م ١٢٨ مدني و ٢٣٤ موجدات)، وإذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب البطلان إنتقل هذا الحق إلى ورثته .

٢٦٦- الإجازة:

الإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيباً في العقد يخوله لاحق في طلب إبطاله، ويسمى بالفاتون اللبثاني التأييد،

وهي بهذا المعنى لا تلحق إلا العقود القابلة للإبطال، لأن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت وجوده نهائياً بالإجازة، فيعتبر صحيحاً من وقت انعقاده وليس من وقت صدور الإجازة.

ويشترط في الإجازة أن تصدر بعد زوال العيب، أي بعد بلوغ العناصر من الرشد أو إنكشاف الغلط أو إنقطاع الإكراه مثلاً والا لحقها نفس للعيب، كما يجب أن يكون السجيز عالماً بالعيب للاحق بالعقد وراعياً في تصحيحه.

٣٦٧- التقادم:

الأصل أن العقد الناطل بطلاناً مطلقاً عدم، والعدم لا يمكن معه، لهذا فإن الدفع ببطلان العقد لا يقادم مهما طاللت المدة، فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ورفع عليه المشتري دعوى طالباً فيها التسليم، فيستطيع البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان عقد البيع مهما مضى على العقد من زمن.

وقد كان يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لدعوى البطلان، إلا أن المشرع استجاب لمقتضيات الأمن المدني في المعاملات والتي تتطلب المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضى الزمن، ولذا قرر سقوط دعوى البطلان بمضى المدة، وهذه المدة هي خمس عشرة سنة من وقت العقد في القانون المصري (م ١٤١ مدني)، وعشر سنوات في قانون اللبناني (م ٣٤٩ موجهات).

أما العقد القابل للإبطال فهو قيد موجود ومرتب لكافة آثاره حتى يفضى ببطلانه، ولذا يجب على من له الحق في التمسك بإبطاله أن يستعمل

حقه في خلال المدة التي حددها القانون، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقّه في طلب الإبطال يصبح منازلاً عن حقه، ولنا يمتنع عليه بعد ذلك أن يمتسك بالإبطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع.

ومدة التقادم تختلف في القانون المصري باختلاف سبب الإبطال، فإذا كان سبب الإبطال نقص أهلية المانح، فإن الحق في التمسك بالإبطال ينقضي بمعنى ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد.

وإذا كان سبب العيب اللاحق بالعدو هو الإكراه أو الغلط أو التدليس، فإن دعوى الإبطال تتقادم لما بمعنى ثلاث سنوات من وقت انقطاع الإكراه أو انقطاع الغلط أو التدليس، وأما بمعنى خمس عشرة سنة من وقت انعقد، والعبارة في ذلك بأقصر الأجلين، فمثلاً إذا كان العيب اللاحق بالعدو هو التدليس ولم ينكشف إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة من تاريخ العقد، فإن الحق في الإبطال يسقط لتسام التمسك عشرة سنة، أي بمعنى سنتين الباقيتين لهذه المدة، وليس بمعنى ثلاث سنوات من وقت انكشافه.

أما بالنسبة للإستغلال فقد قرر المشرع للمصري مدة أقصر من المدة المقررة في شأن باقي عيوب الإرادة، إذ نص في المادة ١٢٩ مدني على وجوب رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

أما في القانون اللبناني فمدة تقادم دعوى الإبطال هي عشر سنوات تبدأ من اليوم الذي يزول فيه العيب (م ٢٣٥ موجبات).

٣٦٨- أثر نفي البطلان

إذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أو قابلاً للإبطال، إعتبر العقد كأن لم يوجد، فإذا لم يكن تنفيذه قد تم بعد من أي من

المتعاقدين، إعتبر الوضع السابق على التعاقد قائماً بيدهما، فلا دائن هناك ولا مدّين. أما إذا كان للعقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها من قبل التعاقد. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً رد المشتري المبيع إلى البائع مع الثمار، ورد البائع الثمن الذي قبضه مع الفوائد.

وإذا كان الرد مستحيلًا لهلاك العين في يد المشتري، أو لأن العقد من عقود المدة كالإيجار، وكان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان، وجب الحكم بتعويض معادل. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا ناقص الأهلية، فإذا أبطل العقد لنقص أهليته فلا يرد إلا ما عاد عليه من مفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢/٢ مدني)، كما لو اشترى بالثمن الذي قبضه عقاراً، أما إذا كان قد أنفقه في اللهو فلا يلزم بالرد.

وإذا كان المشتري بعقد باطل تصرف في العين التي اشتراها بالمبيع إلى شخص آخر مثلاً، فإنه يقرب على بطلان سند المشتري الأول بطلان سند المشتري الثاني، ويتعين على هذا الأخير رد العين إلى مالكها الأصلي. غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية، سواء تعلق حق الغير بمنقول أو بعقار.

فإذا تعلق حق الغير بمنقول فيمكن الاستفادة من قاعدة الميازاة في المنقول بحسن النية مدد الملكية لحماية هذا الغير (م ٩٧٦ مدني)، وإذا تعلق بعقار فيمكن الاستفادة من قاعدة وجوب شهر دعوى البطلان للاحتجاج بالحكم الصادر فيها في مواجهة الغير، فإذا لم تشهر دعوى البطلان فلا يحتج بالحكم الصادر فيها في مواجهته ويظل العقار ملكاً له.

الفصل الثاني نطاق العقد أو نسبية آثار العقد

٣١٩- قصور حكم العقد على عاقديه:

إذا استجمع العقد أركانه، وتوافرت في كل ركن شروطه، لمعقد العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره. و آثار العقد تتحدد من حيث نطاقها بطرفه، فلا تنصرف إلى الغير، وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين لو بنسبية آثار العقد.

ولكن ما المقصود بكلمة طرف العقد، هل يقتصر مدلول هذه الكلمة على العاقد نفسه أم ينصرف كذلك إلى خلفائه؟ للإجابة على هذه الأسئلة سنتناول بالبحث أولاً أثر العقد بالنسبة إلى الخلف، وثانياً أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول

أثر العقد بالنسبة إلى الخلف

٣٢٠- الخلف العام والخلف الخاص:

لا يقتصر أثر العقد على العاقد، سواء باشر العقد بنفسه أم بواسطة

نائب عنه، بل ينصرف كذلك إلى خلفائه، وهم من يمثلهم في العقد. والخلف
أما أن يكون خلفاً عاماً، وأما أن يكون خلفاً خاصاً.

والخلف العام هو من يخلف للسلف في ذمته المالية كلها، وهذا هو
الوارث لكل التركة، أو من يخلفه في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية،
وهذا هو الوارث لجزء من التركة أو الموصى له بحصة بها كالثالث أو الرابع.
وتظهر من التعريف السابق للخلف العام، أن الشخص لا تلمق به هذه
الصفة إلا في حالة وفاة السلف فقط.

أما الخلف الخاص فلا يخلف السلف في جملة ذمته المالية أو في
حصة منها كالثالث، بل يخلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكية
شيء معين، كالمشتري، والموهوب له، والموصى له بعين معينة بالذات،
ومستناول فيما يلي الكلام في الخلف العام ثم في الخلف الخاص.

المبحث الأول

الخلف العام

٢٧١- القاعدة العامة في شأن إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام:

الأصل فيما يتعلق بالخلف العام أنه يخلف للسلف في ذمته المالية أو
في حصة منها في كل ما نتناول هذه الذمة من حقوق والتزامات، ولذا
تنصرف إليه آثار العقود التي عقدها السلف سواء فيما ترتبه من حقوق أو ما
ينتج عنها من التزامات (م ١٤٥ مدني).

وقاعدة إنصراف أثر العقد الذي يعقده السلف إلى الخلف العام من
شأنها جواز الإحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعنوي من

السلف في حالة الصورية، وبالتاريخ الذي يحمله العقد ولو لم يكن ثابتاً.

٢٧٢- الاستثناء الولد على القاعدة

يستثنى من القاعدة السابقة في شأن إنصراف آثار العقد الذي يعقده السلف إلى الخلف العام الاستثناءات الآتية:

فولاً- إذا إتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد عليهما وعدم إنصرافها إلى ورثة أحدهما كما لو إتفقا في عقد وعد بالبيع على إنقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما.

ثانياً- إذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التي يورثها إلى الخلف العام، كما هو الأمر في كافة الإلزامات التي يراعى فيها شخصية العاقد، كالإلزامات التي تقرّب على عقود المهنتس أو المعامى فيمّ يفصل بأعمال مهنته.

ثالثاً- إذا كان هناك نص قانوني يقضى بإنقضاء للعقد بوفاة العاقد، من ذلك ما نقرره المادة ٩٩٣/١ مدني من أنه «ينتهي حق الانتفاع بإنقضاء الأجل للمعين، فإن لم يعين له أجل حد مقررأ لعماء المنتفع. وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين». أي أن حق الانتفاع المقرر للمورث على عين ما، لا ينتقل بوفاته لورثته.

٢٧٣- متى يأخذ الخلف العام حكم الغير بالتعبئة إلى تصرفات السلف؟

ذكرنا أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالخلف العام هي إنصرف آثار عقود السلف إليه. غير أن هناك حالة يعتبر فيها الخلف العام من الغير بالنسبة إلى تصرفات سلفه، وهي حالة ما إذا تناولت هذه التصرفات حقه

في الشركة، لأن أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز للمورث الخروج عليها، وإذا أحاط المشرع حق الوارث بمنحنيات عديدة بغية حمايته، من ذلك ما قرره المشرع المصري من عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث الشركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم، وأنه يأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر من المورث في مرض الموت ويكون متعمداً به لتدريج، وأنه لا يحتج عليهم بتاريخ هذا التصرف إذا لم يكن ثابتاً، وأن لهم إثبات صورية التاريخ للعرفى الذى يحمله للتصرف بكافة طرق الاثبات.

المبحث الثاني

الخلف الخاص

٣٧٤- تحديد مركز الخلف الخاص.

ذكرنا فيما تقدم أن الخلف الخاص لا يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها، بل يخلفه في ملكية شئ أو في حق عيني آخر على شئ، كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن. أما من يتقرر له حق شخصي في نعمة شخص آخر فلا يعتبر خلفاً خاصاً له، بل يعتبر دائناً له، كما هو الشأن في علاقة المستأجر بالمؤجر، فالمستأجر ليس خلفاً للمؤجر بل دائناً له.

والأصل أن الخلف الخاص لا تتصرف إليه آثار العقود التي يعقدها السلف إلا إذا تعلق بالشئ الذى انتقل إلى الخلف الخاص، وبشرط توافر شرتين (م ١٤٦ مدنى) هما:

أولاً- أن يكون الحق أو الإلتزام الذى رتبته العقد الذى عقده السلف، من مستلزمات الشئ الذى إنتقل إلى الخلف الخاص.

يعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملًا له كحقود التأمين على العين مثلاً، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان يحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في قيود البناء الإنشائية.

ثانياً- أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعطير من مستلزمات الشيء الذي إنتقل إليه، ويستوى في ذلك العلم الحقيقي، والعلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف.

الفرع الثاني

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٢٢٥- القاعدة العامة في شأن عدم التصرفات آثار العقد إلى الغير،

لقاعدة أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير العاقد أو من يمثله أي لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد، فلا يحمله إنزلاً ولا يكسبه حقاً (م ٢٢٥ موجبات)، والقاعدة في شقها السلبي أكثر إطلاقاً منها في شقها الإيجابي، ولذلك نصت المادة ١٥٢ مدني على أنه لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً. وهذه المادة تشير في الواقع إلى التعهد عن الغير باعتباره تطبيقاً للجانب السلبي في القاعدة، وإلى الإشرط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من الجانب الإيجابي فيها.

المبحث الأول

التعهد عن الغير

٢٢٦- ماهية التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في فصول حكم العقد على عاقديه، فإذا وعد شخص بأن يحمل الغير على الالتزام بأمر ونصب نفسه زعيماً بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام الغير، إذ غاية الأمر

أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام يعمل شيء، هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذي بذله .

والتعهد عن الغير يقصد به عادة علاج حالة لا يمكن معها الانتظار للحصول على رضا صاحب الشأن، كما لو عرض شخص على الشركاء المشتاعين شراء المال الشائع بثمن مرتفع ولم يكن أحدهم حاضراً، نخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء المشتاعون التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بأنه سيقبل البيع .

٣٧٧- شروط التعهد عن الغير:

يفترض التعهد عن الغير توافر شروط ثلاثة (م ١٥٣ مدني و٢٢٦ موجبات) هي:

فولاً - أن يتعاقد المتعهد بإسمه هو لا بإسم الغير الذي يظل أجدياً تماماً عن هذا التعاقد .

ثانياً- يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير، إذا الغير لا يلزم إلا إذا أقر التعهد، فإن رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد إلا الرجوع على هذا الأخير بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه .

ثالثاً- يجب أن يكون محل إلزام المتعهد هو القيام بعمل، هذا للعمل هو حمل الغير على قبول التعهد . وإلزام المتعهد يتميز بأنه ليس إلزاماً ببذل عناية بل إلزاماً بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه لا يكفي في تنفيذ التزامه أن يبذل غاية جهده لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يحصل فعلاً على قبوله لهذا التعهد .

٣٧٨- أحكام التعهد عن الغير:

الغير ملحق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد،

ولا يترتب على رفضه أية مسؤولية عليه. وإذا قبله ينمقد عقد جديد بين هذا الغير وبين المتعاقد الآخر مع المتعهد، ويستند تاريخ هذا للعقد الجديد إلى وقت صدور القبول من الغير وعلم الطرف الآخر به، فلا يكون له أثر رجعي يرد إلى تاريخ العقد الأول إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمناً.

وإذا رفض الغير قبول للتعهد يكرن لمن تعاقد مع المتعهد الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الرفض. على أنه يجبر للمتعهد أن يتلافى الحكم عليه بالتعويض، بأن يقوم بالوفاء عينا بالإلتزام الذي رفض للغير قبوله، إذا كانت طبيعة هذا الإلتزام لا تأبى ذلك، بأن كان غير متصل بشخص الغير.

المبحث الثاني

الإشتراط لمصلحة الغير

٢٧٩- التعريف بالإشتراط لمصلحة الغير:

الإشتراط لمصلحة الغير، عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشتراط، على شخص آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع. ومثال ذلك عقد التأمين، وفيه يتعاقد التأمين (المشتراط) لمصلحة وارث معين أو ورثته (المنتفع) مع شركة لتأمين (المتعهد)، فيكون للوارث أي المنتفع حقا مباشرا قبل شركة التأمين المطالبة بمبلغ التأمين.

٢٨٠- شروط قاصرة الإشتراط لمصلحة الغير:

لكي يتعقد عقد الإشتراط صحيحاً يجب أن تتوافر شروط معينة (م ١٥٤ مدني و ٢٢٧ مرجبات) وهي:

أولاً- يجب أن يتعاقد المشتري باسمه هو مع المتعهد، دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد. ويجب أن تتجه إرادة المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع أي المستفيد الذي يظل أجنبياً عن العقد.

ثانياً- لا يشترط في المنتفع إلا أن يكون موجوداً وقت أن يترتب الإشتراط أثره، فإن لم يكن موجوداً فـ، هذا الوقت يظل الإشتراط، ولا يترتب على بطلان الإشتراط بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الإشتراط، بل يظل صحيحاً وتتحول الفائدة التي يحققها إلى المشتري أو ورثته، مثال ذلك عقد تأمين مصلحة ولد المومن له، فإن مات دون ولد انتقل الحق في مبلغ التأمين إلى ورثته كجزء من تركته.

ثالثاً- يجب لصحة الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشتري مصلحة شخصية في الإشتراط لغيره، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية. ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على مشتري العقار المرهون دفع الثمن للذات المرهون. ومثال المصلحة الأدبية أن يعقد الشخص تأميناً لمصلحة ولده، وينوسع الفقه والقضاء في تصوير فكرة المصلحة الأدبية حتى أنه يذهب إلى أن في مجرد الإشتراط لمصلحة الغير ما يفترض وجودها.

٢٨١- آثار الإشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي: العلاقة بين المشتري والمتعهد، والعلاقة بين المشتري والمنتفع، وأخيراً العلاقة بين المتعهد والمنتفع، وسنبحث فيما يلي في كل من هذه العلاقات.

٢٨٢- علاقة المشتري والمتعهد

بحكم العلاقة بين المشتري والمتعهد العقد الذي تم بينهما، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتعهد لمصلحة المنتفع، أو عقد

تأمين على الحياة يكون المشروط هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، والمنفع هو المستحق لمبلغ التأمين.

والمشروط بموجب المصلحة المالية أو الأدبية التي له في الإشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لإلتزامه نحو المنفع، فإن قصر في ذلك كان له لمطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض أو بالفسخ.

٢٨٣- علاقة المشروط بالمنفع،

تحدد علاقة المشروط بالمنفع بالدافع إلى الإشتراط، فقد يكن هذا الدافع هو قصد التبرع من جانب المشروط للمنفع، أو قصد إنهاء أو إنشاء علاقة معارضة بينهما.

فإذا كان المقصود من الإشتراط هو التبرع للمنفع، فإن الإشتراط في هذه الحالة يكون في علاقة المشروط بالمنفع هبة مستقرة، وإذا لا يخضع للشروط الشكلية في الهبة، وإن خضع لشروطها الموضوعية من وجوب توافر أغلبية التبرع في الشرط.

٢٨٤- علاقة المتعهد بالمنفع،

يكسب المنفع كما سبق أن ذكرنا حقاً مباشراً من عقد الإشتراط الذي تم بين المشروط والمتعهد، ولذا يصبح بلثاً شخصياً للمتعهد، له مطالبته بتنفيذ الإلتزام، والرجوع عليه بالتعويض في حالة إمتناعه. ولكن ليس له أن يطلب فسخ عقد الإشتراط في حالة عدم تنفيذ المتعهد لإلتزامه لأنه ليس طرفاً في العقد.

٢٨٥- حق المشروط في نقض الإشتراط،

يستمد المنفع حقه من عقد الإشتراط المبرم بين المشروط والمتعهد، وهذا الحق قابل للنقض من قبل المشروط طالما لم يعلن المنفع رغبته في

الاستفادة من المشاركة، فإن أعلن قبوله للإشتراط إنقضى حق المشترط في النقص.

وحق النقص هذا يعتبر حقاً شخصياً للمشترط فلا يجوز نقله أو توريثه مباشرة (م ١/١٥٥ مدني و ٢/٢٣١ موجبات)، والعلة في هذا أن الناس، لو خول هذا الحق، قلن يحجم عن استعماله خاصة إذا كان مدينه معسراً، وأن الوارث لن يدرى في مباشرة مدفوعاً في ذلك بعامل المصلحة الشخصية، فحماية لحق المنتفع قصر المشرع حق النقص على المشرع وحده دون دائنيه أو ورثته.

وإذا نقص المشترط المشاركة، أي نقص حق المنتفع، فقد يحل منتفعا آخر محله، وهو ما يقع عادة في عقود التأمين على الحياة، وقد لا يحل أحداً محله، وفي هذه الحالة يضاف للحق الناشئ من المشاركة إلى المشترط، وتقلب المشاركة إلى عقد عادي.

المُصَل الثالث

تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

٣٨٦- القوة الملزمة للعقد،

يترتب على إنعقاد العقد سمياً تشو رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابطة التعاقدية، وهي رابطة ملزمة للمتعاقدين الدائن منهما والمدين، ويعبر عنها المشرع بقوله «العقد شريعة المتعاقدين» (م ١٤٧ مدني). ويترتب على هذه الرابطة وجوب تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد من ناحية، وعدم جواز حل هذه الرابطة بإرادة أحد المتعاقدين فقط إلا في حالات خاصة نص عليها المشرع صراحة.

وستتناول في هذا الفصل الكلام في تنفيذ العقد، وما يترتب على عدم التنفيذ من قيام مسؤولية العاقد، ثم في أسباب زوال الرابطة التعاقدية.

الفروع الأولى

تنفيذ العقد

٣٨٧- تعهد الموضوع،

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الإلتزامات التي

يرتبها هذا العقد في ذمته . وموضوع تنفيذ العقد يثير مسائل ثلاث هي:
تفسير العقد، وتحديد مضمونه، واحترام قانون العقد.

المبحث الأول

تفسير العقد

٢٨٨- قواعد التفسير:

تفسير للعقد من عمل للقاضي، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفسير العقد، إلى التعديل فيه. وقد تناول المشرع المصري هذه القواعد في المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدني، كما نص عليها المشرع اللبناني في المواد ٢٦٦ إلى ٢٧١ موجبات.

ومراجعة للمواد السابقة يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين ثلاث حالات وهي: حالة وضوح عبارة العقد، وحالة غموض عبارة العقد، وحالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

٢٨٩- وضوح عبارة العقد:

إذا كانت العبارة واضحة وجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدتين، ولا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة لحقيقة إرادة المتعاقدين الباطنة.

ولكن قد تكون عبارة المقدم بالرغم من وضوح لفظها، مغالطة للإرادة الباطنة، ويحدث ذلك إذا أساء المتعاقد تخير اللفظ، بأن اعتقد خطأ أنه يؤدي إلى المعنى الذي قصده، ولا يقتضيه إلى خطئه إلا عند تنفيذ

العقد، فيطور النزاع بينه وبين العاقد الآخر على حقيقة المقصود من عبارة للعقد، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي إذا طرح عليه النزاع ألا يقف عند المعنى الحرفي للفظ، بل يجب عليه البحث عن الذية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد على هذا، وعلى هذا نصت صراحة المادة ٣٦٦ موجبات.

٣٩٠- مفهوم عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمه بحيث تعطل، في جزئياتها أو في جماعاتها، أكثر من معنى تعين الالتجاء إلى التفسير. ومن العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد ما أشار إليه المشرع المصري في المادة ٢/١٥٠ مدني من وجوب الاستهداء بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

فأما طبيعة التعامل فيقصد به نوع العقد وطبيعته، وأما الأمانة والثقة فيقصد بهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة لصادر من المتعاقدين الآخر، فلا يجوز لأحد المتعاقدين إذا استبان ما في تعبر امتعاقدين الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها، وأما عرف التعامل فالإعتداد به في تفسير العقد راجع إلى افتراض علم المتعاقدين به، وأن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على إنصراف نيتهم إلى العمل بمقتضاه.

وبجانب العوامل السابقة أشار المشرع للتداني إلى عوامل أخرى وهي أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضها (م ٣٦٨ موجبات)، وأنه إذا حملت عبارة واحدة أكثر من معنى فيجب إستبعاد المعنى الذي يجربها من الأثر القانوني (م ٣٦٧ موجبات).

أخيراً يجوز للقاضي أن يتسعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد، وبالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد.

٣٩١- حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة،

إذا تعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من أعمال قواعده التفسير السابقة الذكر، فعين عليه في هذه الحالة تفسير للشك في مصلحة المدين (م ١/١٥١ مدني و ٣٦٩ موجبات).

ويمكن رد هذه القاعدة إلى أن الأصل هو براءة الذمة، فإذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل فعين عليه إثبات إدعائه بأقامة الدليل على وجود الدين، وعلى مدى التزام المدين.

وهذه القاعدة واجبة الإتياع ولو كان العقد من العقود التبادلية، لأن على كل طرف إثبات الشرط الذي يدعي أنه في مصلحته.

٣٩٢- التفسير في عقود الإذعان،

إذا كانت القاعدة في حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، هو تفسير الشك في مصلحة المدين، إلا أنه في عقود الإذعان، يدعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً (م ٢/١٥١ مدني)، لأن الشروط الغامضة ليعت من عمله بل من عمل الطرف الآخر الذي يملئ لإرادته ويفرض شروط التعاقد، فإذا كان فيها لبس أو ابهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير نتيجة تفسيره في إيضاح شروط العقد.

المبحث الثاني

تحديد مضمون العقد

٣٩٣- استكمال العقد،

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد، ينتقل إلى تحديد مضمونه

وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يتبرر من مستلزمات العقد، وإلى هذا أشارت المادتان ٩٥ و ١٤٨ من القانون المدني المصري، والمولد ٢٢١ و ٣٧٠ و ٣٧١ من قانون الموجبات البدائي.

وباستفراء أحكام هذه المولد يبين أنه يرجع في إسكمال ما نقص من مضمون العقد إلى طبيعة الالتزام، والقانون، والعرف، والعلة.

٢٩٤- طبيعة الالتزام،

يرجع إلى طبيعة الالتزام لتعدد مضمونه، فمثلاً في بيع العقار يعتبر من مستلزمات المبيع مفاتيح المنزل ومستندات التملك والحقوق والدعاوى المرتبطة به، كحقوق الارتفاق المقررة له.

وفي بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعتبر من مستلزمات الشيء وفقاً لطبيعته، فمثلاً بيع جواد أصيل من نجاج فحل مشهور يشمل الأوراق المثبتة لصحة سلالة، وبيع شهادة الاختراع يتضمن إطلاع المشتري على أسرار استعمله، وبيع الأسهم والسندات يشمل فوائده الأرباح، والفائدة، وبيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات وملفات القضايا حتى التي صدرت فيها أحكام نهائية ... وهكذا.

٢٩٥- القوانين المكملة والمفسرة:

قد لا يتناول المتعاقدان بالتنظيم كافة المسائل التي يغطيها اتعاقد، وفي هذه الحالة يتمين على القاضى الرجوع إلى القواعد المكملة أو المفسرة التي أوردها في موضوع العقد باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها. من ذلك ما نص عليه لمشرع

في شأن مكان وزمان تسليم المبيع، ومكان وزمان الوفاء بالثمن، وما يرجع به المشتري على البائع إذا ظهر عيب خفي في المبيع ... هكذا.

٣٩٦- العرف:

كثيراً ما يساعد العرف على تحديد مضمون الالتزام، من ذلك ما جرى به العرف في شأن التعامل مع بعض المعاملات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم من إضافة نسبة مئوية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة. فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له، كذلك فيما يتعلق ببيع المعدادات فتعتبر المائة حبة مائة وعشرة.

٣٩٧- العدالة:

تعتبر قواعد العدالة الملاذ الأخير للقاضي في تحديد مضمون الالتزام إذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف، من ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل، وما قرره فيما يتعلق بحقوق نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود لالتزام ضمان السلامة.

المبحث الثالث

إحترام قانون العقد

٣٩٨- منهج البحث:

يقصد بإحترام قانون العقد مراعاة حسن النية في تنفيذ ما يربته من التزام، والوفاء بكل مضمون الالتزام، والنتيجة الطبيعية لهذا المبدأ هي حرمان المتعاقدين من الإنفراد بنقض أو تعديل العقد، بل وحرمان الناصي

كذلك من المصالح بمضمون العقد. غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاص بما يسمى بنظرية الظروف الطارئة.

وعلى ذلك سنتكلم أولاً في القاعدة العامة في شأن قانون العقد. ثم في الإستثناء أي في نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول

القاعدة العامة في شأن قانون العقد

٣٩٩- مضمون القاعدة:

تنص المادة ١/١٤٧ مدني على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها للقانون». وتنص المادة ١/١٤٨ مدني بأنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يورجه حسن النية»^(١).

وظاهر من هاتين المادتين أن القاعدة هي وجوب النزول على حكم قانون العقد في تنفيذ ما اشتمل عليه، ويكون ذلك: أولاً عن طريق امتناع كل طرف من طرفيه عن التصدي للعقد بالنقص أو التعديل، وثانياً بمراعاة حسن النية في تنفيذ ما رقبه من التزامات.

٤٠٠- (التزام قانون العقد في عدم جواز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق)

العقد ولید الاتفاق وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق

(١) راجع المراد ٢٢١ و ٢٤٥ و ٢٤٦ من قانون الموجبات والمقود الجنائي.

آخر، أو بعبارة أخرى أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يتسقل بنقض العقد أو تعديله إلا أن يكون قد أُنشئ في ذلك من المتعاقد الآخر أو من المشرع في الحالات الخاصة التي يحددها بنص صريح، من ذلك جواز رجوع الواهب في الهبة إذا رزق ولدا (م ٥١٠ / ج مدني و ٣/٥٢٤ موهبات).

وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل والقاضي كذلك، فليس للقاضي أن يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليه المتعاقدان أو يعدل في مدى إلزاماتهم إلا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع فيها ذلك.

٤٠١- مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد.

تخضع العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها لمبدأ حسن النية، ولذا يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الحديث. واحترام هذا المبدأ لا يفرض على المدين فقط في تنفيذ التزامه، بل وعلى الدائن في اقتضائه حقه، فمما يتعارض مع مبدأ حسن النية أن يعتمد الدائن عدم استيفاء الدين حتى يستمر سريان الفوائد في ذمة المدين، وفي هذه الحالة من الممكن أن يرد عليه قصده عن طريق الالتجاء إلى إجراءات العرض الحقيقي والإبداع.

الطلب الثاني

تخيرية الظروف الطارئة

٤٠٢- الحاجة إلى التخيرية:

يتعرض المدين إذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال انعقاده، إلى احتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الإنعقاد، وهذا الاحتمال كما قد يكون نافعا له قد يكون ضارا به، كما لو كان

للعقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار نظراً لما رأى كالحرب مثلاً بحيث أصبح السعر الذي يحصل به للمدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد. ونقص هذا الاحتمال كما قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن، كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويل المدة وانخفض سعر العملة، فأصبحت الأجرة المنفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة، وطبيعي أنه في الحاليتين ميصار للمتعاقدين، فرفعاً لهذا الحذر إلتجى الفكر القانوني إلى إيجاد نظرية الظروف الطارئة والتي من شأنها رد الإلتزام المرهق بسبب تغيير الظروف إلى الحد المعقول.

٤٠٢- شروط الأخذ بالنظرية:

نص المادة ١٤٧/٢ مدني على أنه: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ويظهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون العقد المراد إعمال النظرية في شأنه من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، أم كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلاً^(١).

(١) لا تنصرف هذه النظرية إلى عقد القرض (م ١٣٤ مدني).

الشرط الثاني: أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث إستثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو إضراب مفاجئ أو قيام قسيرة أو إلغائها ... الخ. وعلى هذا الأساس يجب إستبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو أفلاسه.

الشرط الثالث: أن يكون الحادث الإستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه.

الشرط الرابع: أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مرهقاً للمدين لئن أن يصل الأمر إلى حد إستحالة تنفيذه.

٤٠٤- سلطة القاضي وفقاً لهذه النظرية:

أنا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تعديل العقد، والتعديل يكون برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا قيد على اتقاضي في تخيير نوع التعديل، فقد يرى إنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام للمقابل بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين، وقد يكون أيضاً بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت لأن الحادث للمقاضي مقدر له الزوال في زمن قريب، بشرط ألا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن.

الفرع الثاني

جزاء عدم التنفيذ

أو

المسئولية العقدية

٤٠٥- أركان المسئولية:

المسئولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد، وتنفيذ العدت تنفيذاً

حينها واجب إذا كان ذلك ممكناً وطلبه الدلائل، كما لو كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود.

غير أنه في بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الإلتزام عبئاً من الأمور الممكنة، وذلك إما لهلاك محله إذا كان إلتزاماً بإعطاء شيء، أو لضرورة قيام المدين به طواعية إذا كان إلتزاماً بعمل، أو لسبق وقوع المخالفة إذا كان الإلتزام باستتاع عن عمل. وفي جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية. ولكن لكي تقدم هذه المسؤولية لابد من توافر أركان ثلاثة هي: الخطأ، والضرر، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

٤٠٦- المضمّن:

يتوافر الخطأ إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام راجعاً إلى فعل المدين. وتسمية واقعة عدم التنفيذ إلى فعل المدين هي بيت المقصود في مشكلة إثبات الخطأ التعدي. ويتعين هنا التفرقة بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية. ففي النوع الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة على يفترض أن ذلك يرجع إلى خطأ المدين، كأن يثبت المميل عدم وصول البضاعة في الموعد المتفق عليه.

وفي النوع الثاني يجب على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ الإلتزامه العناية الكافية، وتقاس هنا بعناية الشخص العادي، كعدم عناية المودع عنده بالودعة فإن أثبت ذلك قام الدليل على خطأ المدين.

لا بد من أن يتدرب على الخطأ ضرر يصيب الدائن حتى يكون له
التحق في التعويض. والضرر قد يكون مادياً يصيب الإنسان في جسده أو
ماله، وقد يكون أدبياً يصيب الشخص في مشاعره، كالآلم الذي يصيب
للشخص من جراء فقد عزيز عليه، أو من جراء خدش شرفه.

والضرر يجب أن يكون محققاً، وهو يكون محققاً إذا كان حالاً أي وقع
فعلاً، أما إذا كان مستقبلاً، فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملاً، فإن
كان محتملاً فلا يجوز طلب التعويض عنه في الحال.

ويتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة، كما لو قصر أحد
المحامين في رفع إستئناف عن حكم في التمييز، فصاعت على موكله فرصة
كسب القضية. وفي هذه الصورة إذا كان موضوع الفرصة أمراً إحتمالياً
بالنسبة للموكل، إلا أن تفويت الفرصة نفسها ضرر محقق، ولذا يتعين
للتعويض عن فواتها، ويزاوى في تقدير هذا التعويض مدى إحتمال كسب
القضية.

٤٠٨- علاقة السببية:

لا يكفي لقيام المسؤولية توافر الخطأ والضرر، بل لابد من وجود علاقة
سببية بين الإثنين، أي أن يكون الضرر نتيجة للخطأ، لأنه قد يحدث أن يقع
الخطأ وأن يقع للضرر، ولكن لا يكون الضرر راجعاً إلى الخطأ بل إلى أمر
كالقوة القاهرة أو فعل الغير الذي لا يسأل عنه السدين، وفي مثل هذه الحالة
تنتفى مسؤولية السدين.

الفرع الثالث

زوال الرابطة التعاقدية

٤٠٩- أسباب زوال الرابطة التعاقدية

نزول الرابطة التعاقدية بالإنقضاء كما لو كان العقد من عقود المدة كالإيجار وانقضت المدة، أو بالإبطال كما لو كان العقد مشوباً بعيب من عيوب الإرادة وحكم ببطلانه، أو بالرجوع كما لو كان لأحد المتعاقدين العدول عن العقد كما في الهبة، أو بالفسخ كما لو إمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فيكون المتعاقد الآخر ملاب الفسخ.

وستناول فيما يلى بحث فسخ العقد، ثم إفساخ العقد وما يترتب عليه من تحمل التبعة، وأخيراً الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول

فسخ العقد

٤١٠- التعريف بالفسخ

الفسخ هو حق كل متعاقد فى العقود الملزمة للجانبين فى أن يطلب حل الرابطة التعاقدية اذا قصر المتعاقد الآخر فى تنفيذ التزامه (م ١٥٧ مدنى و ٢٤١ مصرية). ذلك أن للمتعاقد أن يطلب بالتنفيذ العبرى إذا كان ممكناً أو أن يطلب بفسخ العقد، أو أن يطلب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.

وستناول فى دراستنا لفسخ البحث فى شروطه، وكيفية تنزيهه، وآثاره.

المطلب الأول

شروط الفسخ

٤١١- بيان الشروط،

لا يقع الفسخ إلا إذا توافرت شروط ثلاثة وهي: أولاً- أن يكون العقد من العقود التبادلية. ثانياً- ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ التزامه وأن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. ثالثاً- أن يكون الطرف الآخر قد تخلف عن تنفيذ التزامه.

٤١٢- الشرط الأول - أن يكون العقد من العقود التبادلية،

يجب أن يكون العقد من العقود التبادلية، لأن كل طرف في العقد التبادلي جعل من الإلتزام المقابل غرضاً أي سبباً للإلتزامه وهذا السبب لا يكون في وجود الإلتزام المقابل بقدر ما يكون في تنفيذه، وعلى ذلك إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر إما طلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه، وإما طلب الفسخ لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد^(١).

٤١٣- الشرط الثاني - ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ

إلتزامه وأن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد،

يشترط في التعاقد الذي يطالب بفسخ العقد ألا يكون مقصراً في تنفيذ إلتزامه، بأن يكون قد وفى به أو بالأقل مستعداً للوفاء به، لأن الفسخ

(١) تنص المادة ١/١٥٢ مدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في المالكين ان كان له مكسب.

جزاء على عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به إلا من إنقضى التقصير من جنبه .
كذلك يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، لأن الفسخ كما سترى أثر رجعي يرد به كل متعاقد إلى وضعه السابق على التعاقد، فإذا لم يكن في وسع المتعاقد تحقيق هذا الأثر امتنع عليه المطالبة بالفسخ.

٤١٤- الشرط الثالث- أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه،

يشترط أخيراً لمطلب الفسخ أن يكون عدم تنفيذ الإلتزام راجعاً إلى فعل المدين، لأن الفسخ كما سبق أن ذكرنا جزء على إخلال المتعاقد بالتزام، وعلى ذلك إذا كان عدم التنفيذ ليس راجعاً إلى فعل المدين بل راجعاً إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة فلا نكون أمام فسخ للعقد بل أمام انقضاء له.

ولكن لا يشترط لمطلب الفسخ أن يكون المدين قد قصر في الوفاء بجميع التزاماته، بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئياً، كإمتناع البائع عن تسليم ملحقات المبيع مثلاً.

المطلب الثاني

كيفية تقرير الفسخ

٤١٥- الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي،

الأصل في الفسخ أن يكون قسرياً أي لا يقع إلا إذا قضت به المحكمة، غير أنه يجوز للمتعاقدین الإتفاق على وقوع الفسخ إذا أخل

أحدهما بتنفيذ التزاماته، وعلى ذلك ستتناول بالدراسة أولاً الفسخ القضائي ثم الفسخ الاتفاقي.

١- الفسخ القضائي

٤١٦- كيف يتقرر الفسخ القضائي؟

لا يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ إلا بعد إعدار المدين مطالباً بإياه بالتنفيذ، وفائدة الإعدار هو إلهاء تقصير المدين في الوفاء بالتزامه مما قد يحمل القاضي على الاستعجالية، إلى طلب الفسخ. ويتم الإعدار وفقاً لحكم المادة ٢١٩ مدني إما بالإنذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو بما يقوم مقام الإنذار، وفيما يتعلق بدعوى الفسخ، يعتبر رفع الدعوى إعداراً كافياً.

٤١٧- سلطة القاضي في دعوى الفسخ،

لا يلزم القاضي بإجابة الدائن إلى طلب الفسخ، بل إن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن (م ١٥٧/٢ مدني و ٢٤١/٣ موجبات)، فقد يرى عدم فسخ العقد لأن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى جملة الالتزام، وقد يرى إهمال المدين لتوفاه بالتزامه إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن. وأخيراً قد يرى فسخ العقد دون حاجة إلى إهمال، كما لو كان إلتزام المدين إلتزاماً بامتناع عن عمل وخالفه المدين.

٤١٨- حق الدائن في العدول عن الفسخ وحق المدين في التقاء الحكم به،

لا يتقيد الدائن بدعوى الفسخ التي رفعها، بل له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، كما أن له إذا طلب التنفيذ في أول الأمر أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ.

كذلك للمدين إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ، الحق في توقي
الفسخ بتنفيذ التزامه، ولا يتبقى في هذه الحالة إلا بحث ما إذا كان هناك
محل للحكم عليه بالتعويض.

٢- الفسخ الاتفاقي

٤١٩- الشرط الفاسخ الصريح

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يحترق العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه
دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم وفاء المدين بالتزامه، وهذا الإتفاق لا
يعنى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م ١٥٨
مدني و ٢٤١/٤ موجبات). ويعرف هذا الشرط باسم الشرط الفاسخ الصريح.
والشرط الفاسخ الصريح يؤدي إلى حرمان القاضي من سلطته
التقديرية، فلا يستطيع إهمال المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه، ولا يملك إلا
الحكم بالفسخ. كذلك يؤدي هذا الشرط إلى حرمان المدين من تفادي وقوع
الفسخ بعرض تنفيذ الإلتزام بعد رفع الدعوى.

المطلب الثالث

آثار فسخ العقد

٤٢٠- آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين

يتطلب على فسخ العقد إعتباره كأن لم يكن، ولذا يجب إعادة
المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بأن يرد كل منهما ما تسلمه
بموجب العقد، فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتعويض (م ١٦٠ مدني و
٢٤٢ موجبات).

فإذا كان العقد بيعاً مثلاً وفسخ، وجب إعمالاً للأثر الرجعي للفسخ أن يرد المشتري المبيع وقملره إلى البائع، وأن يرد البائع إلى المشتري الجزء المدفوع من الثمن وفوائده القانونية من وقت للمطالبة القضائية.

أما إذا كان العقد من عقود المدة كالإيجار فلا يتصور إسترجاع ما تم تنفيذه منه، ولذا ليس للفسخ بالنسبة لهذا النوع من العقود أي أثر رجعي، ولهذا السبب يقال أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ بل الإنهاء.

٤٢٩- آثار فسخ العقد بالنسبة إلى الغير:

لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط، بل بالنسبة إلى الغير أيضاً. ففي البيع مثلاً يعتبر المشتري بفعل الأثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكا أبداً للمبيع، وعلى ذلك يعود المبيع إلى البائع خالياً من الحقوق التي رتبها المشتري عليه، لأن الشخص لا يستطيع أن يعطي للغير ما لا يملك. غير أنه استثناء من هذا الحكم قد تبقى هذه الحقوق ولا تتأثر بالفسخ في حالات معينة منها:

أولاً- إذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقاً عينياً على المبيع شخصاً حسن النية وشهر حقه وفقاً للقانون، كالدائن المرتهن مثلاً^(١).

ثانياً- إذا كان في استطاعة الغير دفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم، أو بقاعدة للحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية.

(١) راجع المادة ١٠٢٤ مدني والمادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري.

المبحث الثاني إنفساخ العقد وتحمل التبعة

٤٢٢- إنفساخ العقد:

وأما أنه إذا قصر أحد المتعاقدين في تنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب النسخ. غير أنه إذا كان عدم التنفيذ ليس راجعاً إلى تقصير المدين بل إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فإن العقد يفسخ بقوة القانون (م ١٥٩ و ٢٧٣ مدني و ٢٤٣ مرجيات).

وإنفساخ العقد يختلف عن فسخه في عدة أمور هي:

أولاً - لا محل في الإنفساخ إلى إعتذار المدين، لأن الإعتذار لا يتطلب إلا إذا كان التنفيذ ممكناً، على حين أن الإلتزام بحسب الفرض قد إستحال تنفيذه.

ثانياً - لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض لأن عدم التنفيذ ليس راجعاً إلى تقصيره.

ثالثاً - لا داعي كمبدأ عام إلى الإلتجاء إلى القضاء لأن الإنفساخ يقع بقوة القانون، ولو أن العمل قد يجري على غير ذلك خصوصاً إذا ترتب على السبب الأجنبي إستحالة التنفيذ استحالته جزئيه.

٤٢٣- تحمل المدين تبعة الإستحالة:

يترتب على إنفساخ العقد بقوة القانون إستحالة تغطية إلتزام المدين لسبب أجنبي إنقضاء هذا الإلتزام وإنقضاء الإلتزام المقابل له تبعاً لذلك، ومعنى ذلك أن المدين كالبائع وقد إستحال عليه تنفيذ إلتزامه بتسليم

المبيع، لا يستطيع مطالبة الدائن وهو المشتري بتنفيذ ما تعهد به (أن يدفع الدائن)، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعه إستعالة تنفيذ إلزامه في العقود التبادلية، أي يتحمل تبعه هلاك المبيع.

المبحث الثالث

الدفع بعدم التنفيذ

٤٢٤- فكرة الدفع بعدم التنفيذ:

يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية بدلاً من طلب فسخ العقد لعدم وفاء التعاقد الآخر بالتزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى يتخذ الإلتزام المقابل له، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو وسيلة يلجأ إليها التعاقد في عقود التبادلية للضغط على التعاقد الآخر وجعله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء.

٤٢٥- شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يستخلص من الأحكام التي أوردها المشرع في شأن الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ و ٢٤٦ - ٢٤٨ مدني و ٢٧٤-٢٧٢ موجدات) أنه يجب للتمسك بهذا للدفع توافر عدة شروط هي: أولاً - أن يكون العقد من العقود التبادلية. ثانياً - أن تكون الإلتزامات المتبادلة الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء. ثالثاً - مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع.

٤٢٦- أن يكون العقد من العقود التبادلية:

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على للعقود للالتزام المتبادلين، فإذا جاوزنا نطاق هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع بل للتمسك بالحقوق في الحبس.

والحق في الحبس مؤداه أن لكل من التزام بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء بالتزام مقرب عليه ومرتبطة به. ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ صورة من صور الحق في الحبس في نطاق الحقوق التعاقدية.

٤٢٧- أن تكون الالتزامات المتعاقبة مستحقة الأداء:

يفترض الدفع بعدم التنفيذ وجود لالتزامات مدنية استحق أدائها في نفس الوقت، أي تعاصر تنفيذها. ففي البيع مثلاً لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وأن يحبس المبيع عن المشتري إلا إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع.

كذلك لا يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان يستخلص من طبيعة العقد أو من العرف أن التزمه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل، كما هو الشأن بالنسبة للعامل أو صاحب الفندق، فالالتزام للعامل واجب الأداء قبل الالتزام رب العمل، والالتزام لصاحب الفندق واجب الأداء قبل التزام التنزيل، ولذا لا يجوز لأيهما التمسك مسبقاً بالدفع بعدم التنفيذ.

وإذا تعاصر تنفيذ الإلتزامين المتقابلين وتمسك كل منهما بالدفع بعدم التنفيذ، حكم القاضي على كل منهما بإيداع ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث.

٤٢٨- مراعاة حسن النية هي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يجب على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يسعى إستعمال هذا الدفع لأن القاعدة هي وجوب مراعاة حسن النية

عدد تنفيذ العقد (م/١٤٨/١ مننى) ، وعلى ذلك لا يجوز امتناع أن يتسبب بهذا للدفع إذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة إلى جملة الالتزام.

٤٢٩- آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين،

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ إذا توافرت شروطه إنقضاء الالتزام، بل وقف تنفيذه. ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام إذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع، أما إذا كان من عقود المدة كالإيجار أو من العقود المستمرة للتنفيذ كعقود توريد الغاز أو التيار فإنه يترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الالتزام بمقدار مدة الوقف.

والدفع بعدم التنفيذ إذا كان لا يدخل الدائن حق إمتياز على الشئ محل التزامه، إلا أنه يحترض ضماناً يؤمن الدائن به نفسه عند خطر إعسار المدين.

٤٣٠- آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة إلى الغير،

لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة العاقد فقط، بل وكذلك في مواجهة الغير، فلبائع مثلاً أن يحتج بحقه في حبس المبيع ليس فقط قبل المشتري، بل وكذلك قبل دائلي المشتري.

٤٣١- إنقضاء الدفع بعدم التنفيذ،

يتضمن الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة منها: هلاك الشئ محل الالتزام، أو خروج الشئ من تحت الما بس خروجاً إرانياً كما لو

سلم البائع المبيع إلى المشتري، أما إذا خرج من تحت يده خلسة أو غصباً فله استرداده ممن هو في حيازته إذا طلب ذلك في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروجه، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج (٢٤٨م) منقضى و (٢٧٣ مرسومات) . كذلك ينقضى الدفع بعدم التنفيذ إذا منح الدائن المدين أجلاً جديداً بعد حلول موعد الوفاء بالتزامه .

الباب الثاني

بعض أحكام الالتزام

خطة الدراسة

٤٢٢- بيان الموضوعات

· يقصد بدراسة أحكام البحث في الموضوعات الآتية:

أولاً - آثار الالتزام.

ثانياً - إنتقال الالتزام.

ثالثاً - إنقضاء الالتزام.

وسنراعى في دراستنا لهذه الموضوعات الإقتصار على القواعد ولأحكام القانونية التي تساعد على تهيئة على تفهم أحكام القانون النجاري.

كذلك سنتوخى في عرضنا لهذه القواعد والأحكام الإيجاز مع التبسيط والتيسير حتى يسهل على الطالب استيعابها. وقد سبق لنا الإشارة إلى هذه الملاحظة في أكثر من موضع، ولا نرى مانعاً من تكرارها لتحقيق لغرض المقصود منها.

الفصل الأول

آثار الإلتزام

٤٣٣- تقسيم:

أثر الإلتزام هو إنشاء حق للدائن في مواجهة المدين، ولذا يمكن القول بأن دراسة آثار الإلتزام، هي في الواقع دراسة لحقوق الدائن قبل مدينه. ولدراسة هذه الحقوق سندبحث أولاً في الآثار العامة للإلتزام، وثانياً في الآثار الخاصة لبعض الإلتزامات، وسنتناول فيها الأوصاف السبعة لأثر الإلتزام.

الفرع الأول

الآثار العامة للإلتزام

٤٣٤- الضمان العام:

أثر الإلتزام كما سبق أن ذكرنا، هو إنشاء حق للدائن قبل مدينه، والذي يضمن هذا الحق هو جميع أموال المدين، وهذا ما يعرف بالضمان العام (م ٢٣٤ مدني) فيستطيع كل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من

الأموال التي تكون مملوكة لمدينة وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات. والأصل أن جميع أموال المدين يجوز تنفيذ عليها إلا ما استثنى بعض خاص كغراض المدين أو الكتب والأدوات التي يستعملها بنفسه في عمله.

٤٢٥- خصائص الضمان العام:

يتميز الضمان العام الذي للدائنين، ويطلق عليهم اسم الدائنين العاديين، بخصائص معينة هي:

أولاً- تساوى الدائنين قانوناً في هذا الضمان، فلا يتقدم أحدهم على الآخرين في استيفاء حقه، إلا إذا كان له حق التقدم على غيره بموجب تأمين خاص كالرهن الرسمي مثلاً، مع ملاحظة أن هذا التقدم قاصر على المال المقرر عليه الرهن فقط.

ثانياً- أن الضمان العام لا يخول الدائن حق تتبع أى مال من أموال المدين إذا خرج من ملكه بالبيع مثلاً، بل يسرى البيع في مواجهة الدائن، وفي هذا يختلف الضمان العام عن التأمين الخاص كالرهن، فالدائن امرتهن له تتبع العين المرهونة في أى يد انتقلت إليها.

ثالثاً- أن الضمان العام لا يخول الدائن حق التدخل في إدارة المدين لأمواله.

٤٢٦- مسائل حماية حقوق الدائنين:

لما كان أثر الضمان العام لا يظهر إلا ابتداء من إجراءات التنفيذ، ولما كان هذا الضمان لا يقل يد المدين عن التصرف في أمواله وإدارتها،

رأى المشرع أن يحمي الدائن ضد الأعمال أو الغش الذي قد يقع من مدينه في الفترة السابقة على التنفيذ، فحولته رسائل عدة يحمي بها حقه ويحافظ بها على ضمانه، من ذلك: الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصة ردعى الصورية، والحق فى الحبس.

٤٢٧- الدعوى غير المباشرة،

يقصد بالدعوى غير المباشرة حق الدائن فى أن يستعمل باسم مدينه ونياية عنه حقوق هذا المدين قبل الغير، وبذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام والتغلب على أعمال المدين أو غشه الذى يقصد به إضعاف هذا اضمن (م ٢٣٥ مبنى و٢٧٦ موزجات).

ولا يشترط أن يتم استعمال حقوق المدين عن طريق المطالبة القضائية بها، فقد يستعمل الدائن حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام بسجل عقد إئسرى به المدين عقاراء حتى تثقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه.

ويشترط لاستعمال هذه الدعوى : ١- أن يكون حق الدائن معةة ألى غير متنازع فيه. ٢- وأن يكون المدين قد قصر فى استعمال حقه قبل الغير، وكان يترتب على عدم استعمال هذا الحق إفساره أو الزيادة فى إفساره، ولذا لا يجوز للدائن الإلتجاء إلى هذه الدعوى إذا كانت باقى أموال المدين تكفى لوفاء دينه.

٤٢٨- الدعوى البوليصة،

قد يعمد للمدين، إذا ساءت حالته المالية، إلى بيع أمواله الظاهرة، كالمقارات، لكى يخفى ثمنها عن الدئيه، أو يعمد لمجرد الفكاية بدائنيه

إلى معاناة الغير من ألقايريه وأصدفائه بأن يبيعهم ماله بضمن بخص لو يهيه لياهم، أو يهامل أمد دائنيه على حساب الآخرين، بأن يدفع له كامل دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الثرماء. وقد كفل المشرع للدائنين الحماية من هذه التصرفات الضارة بهم، بما قررره لهم من حق الطعن فيها بطلب عدم نفاذها في مواجهمهم، وسندلهم إلى ذلك هي الدعوى البوليصية أي دعوى عدم نفاذ التصرف (م ٢٢٧-٢٤٢ مدنى و٢٧٨ موجبات).

ويشترط لمباشرة الدعوى البوليصية عدة شروط بعضها يتعلق بالدائن، وبعضها يتعلق بالمدين، وبعضها يتعلق بالتصرف المطعون فيه.

فبالنسبة للدائن يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أى ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وأن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يستطيع الإدعاء بأنه غول على المال الذى تصرف فيه المدين لاستيفاء حقه.

وبالنسبة للمدين يشترط أن يكون قد صاحب التصرف الصادر منه غش من جانبيه، أى قصد الإضرار بدائنيه، ويعتبر المدين غاشاً إذا صدر منه التصرف وهو عالم أنه مكر (م ٢٣٨ مدنى).

ويطلب للقانون اللبائى شرط للنش سواء كان التصرف الصادر من المدين من قبيل المعاوضات أم من قبيل التبرعات. أما القانون المصرى فيحطلب غش المدين اذا كان التصرف من المعاوضات، أما إن كان من للتبرعات فيجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ولو كان المدين حسن النية (لأن دفع الضرر مقم على جلب المنفعة).

وبالنسبة للتصرف المطعون فيه يشترط أن يكون مفقراً أى يؤدى إلى إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، سواء كان ذلك التصرف قد أنقص

من حقوق المدين كالبائع الصادر منه، أو زاد في التزاماته كالإقتراض من الغير.

٤٣٩- دعوى الصورية؛

قد يلجأ المدين في سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفاً صورياً بالبائع مثلاً، والتصرف الصوري لا وجود له في الحقيقة لأن المدين للبائع لم يتخل عن ملكية المبيع، بل أنه يحتفظ في مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى بورقة الصند، لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً.

وإذا لم يكن من شأن التصرف، المسمى خروج المدين من ملكه، فإن إفتقاره المترقب على هذا التصرف ليس إلا إفتقاراً ظاهرياً، وسبيل الدائن لإثبات هذا الإفتقار الظاهري هو دعوى الصورية.

ولا يشترط لإستعمال الدائن دعوى الصورية أن يكون حقه مستحق الأداء أو سابقاً على التصرف الصوري المطعون فيه، لأن الدائن لا يقصد من رفع دعوى الصورية إلا تقرير الواقع حماية لمصلحته.

٤٤٠- الحق في الحبس؛

يقصد بالحق في الحبس أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام للدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام المترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبطة به (م ٢٤٦-٢٤٨ مدني، ٢٧٢-٢٧٤ مـجبات)، وقد سند لنا أن تعرضنا لصورة من صور الحق في الحبس وهي للدفع بعدم التنفيذ.

ويشترط لإستعمال الحق في الحبس عدة شروط وهي: أولاً - وجود

إلتزام على الحائس بأداء شيء كإلتزام البائع بتسليم البضاعة أو إلتزام المودع عند برد الوديعة. ثانياً- وجود حق الحائس مستحق الأداء في ذمة المدين كما لو كان المودع عنده قد صرف مصاريف متروكية لحفظ الوديعة، فيكون له حبس الشيء المودع حتى يسترد هذه المصاريف من المودع. ثالثاً- أن يكون هناك ارتباط بين حق الحائس وبين الإلتزام بأداء الشيء كما في المثال السابق، وعلى ذلك لا يجوز للمودع عنده حبس الوديعة حتى يسترد من المودع مبلغاً كان قد أقرضه إياه لعدم وجود ارتباط بين الأمرين.

٤٤١- تنفيذ الإلتزام:

تدلونا الإلتزام حتى الآن على أساس أنه رابطة موحدة، غير أن الواقع هو أن الإلتزام يتضمن عنصرين مميزين هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. ويرتبط العنصران رباطاً آتفاً بالوسيلة، ذلك أن المديونية تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول الوفاء، فإذا وفى المدين باختياره انقضت المديونية، وإن أمتنع ظهر عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء.

وإذا توافرت المديونية والمسؤولية معاً كنا أمام إلتزام مدني، أما إذا توافرت المديونية دون المسؤولية كنا أمام إلتزام طبيعي كدين سقط بالتقادم مثلاً.

والإلتزام الطبيعي لا يجوز قهر المدين على الوفاء به لتختلف عنصر المسؤولية فيه، غير أنه إذا وفى المدين بإختياره بهذا الإلتزام فإنه لا يعد متبرعاً. وإذا كان الأمر كذلك فسيقتصر كلامنا بطبيعة الحال على إلتزام المدني لأنه هو الذي يتوالت فيه عنصر المسؤولية وهي الأساس في قهر المدين على التنفيذ.

ومستحاول في دراستنا لتنفيذ الالتزام الكلام في المسائل الآتية:

أولاً - الأعذار.

ثانياً - التنفيذ العيني.

ثالثاً - التنفيذ بمقابل.

المبحث الأول الأعذار

٤٤٢ - المقصود بالإعذار.

يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيرته في الوفاء به، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يفيد تنصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالإعذار، والإعذار ضروري لتنبيه المدين إلى نية الدائن في الاتجاه إلى التنفيذ الجبري إذا لم يف بالتزامه إختياراً، وإلى هنا نشرت المادة ٢٠٣/١ مدني.

غير أن بعض التشريعات ومنها قانون للمرجبات والعقود اللبناني قد عدلت عن إشرائط الإعذار، وافترضت أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة إلى أن ينبيه الدائن إلى ذلك.

٤٤٣ - شكل الإعذار.

يتخذ الإعذار عادة شكل الإنذار، وهو ورقة رسمية من أوراق السمعيين يبدى فيها الدائن لمدينه رغبته في استيفاء حقه.

وكما يتم الإعذار عن طريق الإنذار، يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الإنذار كمحضر حجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة.

ولذا كان الأصل أن يتم الاعتذار عن طريق الإنذار لو ما يقوم مقامه، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل، لأنه إذا كانت العادة ٢١٩ منى تبيح الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر، فلا شبهة فى أنها تجيز من يلب أولى الاتفاق على أن يتم الاعتذار بأى طريق آخر كالإعذار بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو باخطار شقوى، على أن نراعى فى الحالة الأخيرة القواعد العامة فى الإثبات.

٤٤٤- الآثار التى تترتب على الاعتذار

يترتب على صدور الاعتذار فى ميعاده، أى عند حلول أجل الإلزام أو بعده، وضع المدين موضع المقصر، مما يزدى إلى النتائج الآتية:

- ١- يجوز للدائن الشروع فى إجراءات التنفيذ الجبرى أو طلب فسخ للعقد.
- ٢- إنتقال تبعه الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد من الدائن إلى المدين. فمثلاً فى الوديعة غير المأجورة إذا استحال على المدين أى المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبي كهلاك الشئ بقوة قاهرة، إنقضى هذا الإلتزام، وتعمل المودع أى الدائن تبعه الهلاك. ولكن إذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك، تترتب على هذا الإعذار إنتقال تبعه استعالة تنفيذ الإلتزام من الدائن إلى المدين (٢٠٧/١-١٥).

- ٣- إسحقاق التعويض عن التأخير فى الوفاء (٢١٨م منى)، لأنه بصور الإعذار يفترض وقوع الضرر الناشئ عن التأخير فى التنفيذ.

٤٤٥- الحالات المستثناة من ضرورة الإعذار

يستثنى من ضرورة الإعذار في القانون المصري حالات معينة يعتبر فيها المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالإلتزام دون حاجة إلى أى إجراء آخر (م ٢٢٠ مدنى)، من ذلك:

١- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، كما لو كان محل الإلتزام إمتناعاً عن عمل أثناء المدين.

٢- إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، لأنه لا يتصور الإعذار إذا خالف الإنسان الإلتزام القانونى العام المفروض على كل شخص بعدم الأضرار بالغير.

٣- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالإلتزامه، وللكتابة مشروطة هنا للإثبات، وإذا يقوم مقامها الإقرار أو النكول عن التمين.

٤- إذا كان محل الإلتزام رد شئ يطم المدين أنه مسروق أو يطم أنه نسله دون حق.

المبحث الثانى

التنفيذ العينى

٤٤٦- الأصل هو التنفيذ العينى

الأصل فى الوفاء أن يكون يعين ما ألزم به المدين. ويجب على الدائن أن يطالب به، فإن فعل فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه بل يجدر على القيام به إذا كان ذلك ممكناً، فإن كان مستحبلاً حكم عليه بالتعويض.

وكما يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العينى، يجوز كذلك للمدين أن

بمعرض القيام به، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن رفضه والمطالبة بالتعويض.

٤٤٧- شروط التنفيذ العيني،

يشترط التقنين المدني المصري للمطالبة بالتنفيذ العيني شرطين هما:

الأول - أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، والثاني - ألا يكون في إرهاق للمدين (م ٢١٩ و ٢٢٠). أما قانون المرحبات والمقود اللبناني فلم يشترط لوجوب التنفيذ العيني إلا شرطاً واحداً هو شرط الإمكان، وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين ٢٤٣ و ٣٤١.

٤٤٨- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً،

يجوز للدائن أن يطلب بالتنفيذ العيني، ويجوز للمحكمة أن تقضي به، طالما كان هذا التنفيذ ممكناً، فإن استحالة، وهذه مسألة تتعلق بتوقائع وبظروف كل دعوى، تعين اللجوء عنه إلى التنفيذ بمقابل، والاستعانة التي تتكلم عنها هي الاستعانة للراجعة إلى خطأ المدين، لأنه إذا كانت الاستعانة راجعة إلى سبب أجنبي، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض، كما لو هلك الشيء المطلوب تسليمه بفعل القوة القاهرة (م ٢١٥ مدني و ٣٤١ موجهات).

وجميع منروب الإلتزام سواء كانت بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بإمتناع عن عمل، من المستصور استحالة تنفيذها بغيراً المدين، عدا لإلتزام بدفع مبلغ من النقود فلا يتصور استحالة.

٤٤٩- ألا يكون هي التنفيذ العيني إرهاق للمدين،

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ولكن في تحقيقه إرهاق للمدين، وفي هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العيني بالتعويض النقدي.

ويحقق هذا الإرهاق إذا كانت الفائدة التي ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيعيب المدين منه، وكان في التعويض التقديري ترضية كافية للدائن، كما لو تعدى شخص عند البناء على شريط رفيع من أرض الجار، فلجار أن يطالب بالتنفيذ العيني أي بالهدم والإزالة، ولكن لما كان في هذا إرهاق للمدين وهو الباني، لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب للدائن وهو صاحب الأرض، فيلجأ للقاضي إلى التعويض التقديري بدلاً من التنفيذ العيني.

٤٥٠- التهديد المالي أو الغرامة التهديدية:

يهوز حمل المدين على التنفيذ العيني، خاصة في الأحوال التي تتطلب تدخله لأشخاص عن طريق النيابة المالية.

والتهديد المالي يتمثل في الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى إذا تأخر في تنفيذ إلتزامه عن ميعاد معين يحدده القاضي.

ولا يقصد من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء، بل يقصد بها إرهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني و ٢٥١ موجدات).

٤٥١- شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر شرطين، وهما: ١- أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً لا يزال ممكناً. ٢- أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

٤٥٢- الشرط الأول - أن يكون في الإمكان تنفيذ الإلتزام عيناً:

تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك إلتزام لا

يزال في الامكان تنفيذه عينا. فاذا لم يكن هناك التزام أصلاً فلا ينصور للحكم بالغرامة التهديدية، وعلى ذلك لا يجوز الإلتجاء إلى التهديد المالي لاجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لانه ليس ملزماً بالحضور.

على أن وجود الإلتزام لا يكفي لتبرير الحكم بالغرامة التهديدية، بل يجب أن يكون تنفيذه عينا لا يزال ممكناً، لأن الغرض من التهديد المالي هو الحصول على هذا التنفيذ. وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية: لغوات الغرض منها، إذا أصبح تنفيذ الإلتزام عينا مستحيلاً، سواء رجعت هذه الإستحالة إلى فعل المدين أم إلى سبب أجنبي، مع ملاحظة أن الاستحالة أراجعة إلى سبب أجنبي من شأنها إقضاء الإلتزام.

٤٥٢- الشرط الثاني - أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه؛

بعض أنواع الإلتزام يمكن تنفيذه رغماً عن المدين ودون حاجة إلى تدخل الشخص كما في الإلتزام بنقل الملكية مثلاً، إلا أن هناك من الإلتزامات ما يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العيني، وفيها يجوز الإلتجاء إلى التهديد المالي، من ذلك: الإلتزام بتقديم حساب أو مستندات، والإلتزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين. كتعهد ممثل بالإشتراك في تمثيلية معينة، أو الامتناع عن لظهور في عرض مسرحي معين.

وإذا كان يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو ملائماً للتنفيذ العيني، إلا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الإلتجاء إلى التهديد المالي بالرغم من توافر هذا الشرط، من ذلك ما إذا كان في التهديد المالي ما يمس شخصية المدين المتعطل في نتائج فكره. فلو

تعهد مؤلف قبل ناشر بوضع كتاب يقوم الأخير بنشره، ثم أعوز المؤلف الائهام اللازم لتحقيق عمله بما يرضيه، فلا يجوز لجباره عليه عن طريق التهديد المالي.

٤٥٤- مصير الحكم بالفراصة التهديدية،

الحكم بالفراصة التهديدية يعتبر حكماً وقديماً مصيره إلى التصفية وفقاً للموقف النهائي للمدين. فإذا قام المدين بالوفاء بالالتزامه حط القاضي عنه الفراصة، إزاء إستجابه لما أمره به، وألزمه بتعويض عن التأخير، لا أكثر. وإن أصر المدين على عناده وامتناعه عن التنفيذ العيني، قدر القاضي التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، وراعى في تقدير هذا التعويض ما يكون من أمر معاناة المدين نطقاً، بإعتبار هذه المعاناة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض.

المبحث الثالث

التنفيذ بمقابل

أو

التنفيذ بطريق التعويض

٤٥٥- حالات التنفيذ بمقابل،

إنما كان الأصل هو التنفيذ العيني، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الإلتجاء إلى التنفيذ بمقابل، وهذه هي:

١- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا بخلأ المدين. وهذه الاستحالة متصورة بالنسبة لجميع منروب الإلتزام عند الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.

٢- إذا كان تدخل المدين الشخصي ضرورياً أو ملائماً لتحقيق التنفيذ العيني، ولم يجد التهديد المالي في التقلب على تعهده وامتناعه.

٣- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن في تحقيقه إرهاق للمدين.

٤- أخيراً إذا كان التنفيذ العيني ممكناً تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين للقيام به، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني.

٤٥٦- نوعا التعويض؛

إذا لم ينفذ للمدين التزامه من الميعاد المحدد له، وعلى النحو المتفق عليه، لأزم بالتعويض وفاة - ويض على الزوجين - ٩ - ويض عن عام ١٠ م التأخير، وتعويض عن التأخير في التنفيذ (م ٢١٥ منقح).

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني، ولا يجتمع بداهة سعة. أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخراً عن الميعاد المحدد له، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يتم المدين أصلاً بما تعهد به.

٤٥٧- كيفية تقدير التعويض؛

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضى، وهذا هو التعويض للقضائي، غير أنه بالنسبة للالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ لالتزامه أو إذا تأخر في الوفاء به، وهذا هو التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، وأخيراً قد يتولى لقانون تحديد التعويض الذى يستحق عن التأخير في تنفيذ الإلتزام، وهذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير.

المطلب الأول

التعويض القضائي

٤٥٨- التعويض القضائي جزاء المسؤولية المدنية:

بحث التعويض للقضائي هو في الواقع بحث للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية. وقيام هذه المسؤولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فان توافرت هذه الأركان التزم المدين بالتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً، والتعويض يتناول كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

والتعويض يقدر عادة بمبلغ نقدي، ولو أنه في بعض الحالات قد يكون التعويض غير نقدي، كما هو الشأن فيما تقضى به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر للحكم بادلالة المسؤول في الصحف.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي

أو

الشرط الجزائي

٤٥٩- تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي إتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر في تنفيذه، وسمى كذلك لأنه عادة ضمن شروط العقد الأصلي.

وكثيراً ما يضاف الشرط للجزائي في عقود المقاولة والتوريد والنقل، فيحقق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به .

٤٦٠- الأضرار التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي،

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط للجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق إذ سيكون دائماً لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه .

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائي التعاميل علم، أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، كما قد يقصد به التعديل في أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التحقيق منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله، أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه .

٤٦١- شروط أعمال الشرط الجزائي،

لما كان المقصود بالتعويض الإتفاقي أن يحل محل التعويض التعسفي فإنه يتعين لإعمال الشرط الجزائي توافر شروط إسحقاق التعويض وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وأخيراً الإضرار في الحالات التي يكون فيها واجباً (م ٢٢٣-٢٢٥ منى و ٢٦٦ و ٢٦٧ موجدات) .

٤٦٢- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي،

الأصل أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائي، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع، نعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز

المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص (م ٢/٢٢٤ مئتي).

٤٦٣- تخفيض الشرط الجزائي:

أجاز المشرع المصري في المادة ٢/٢٢٤ من القانون المدني للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

الأولي - إذا ثبت المدين أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جره منه (راجع المادة ٣/٣٦٦ موجبات).

الثانية - إذا كان التعديل التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ومخلة، تثبت ذلك على المدين كما هو الشأن في الحالة السابقة. وطلة هذا الإستثناء أنه إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائي السبيل فيه إخفاء فوائد ربوية يعين تخفيضها إلى الحد القانوني. أما إذا كان محل الإلتزام من غير النقود، فيكون القصد من المبالغ في الشرط الجزائي أن يكون شرطاً تهديدياً، وفي هذه الحالة، بأخذ حكم التهديد المالي، بمعنى أنه يكون للقاضي إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة (راجع المادة ٢/٢٦٦ موجبات).

٤٦٤- زيادة الشرط الجزائي:

إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، فيكون المقصود به الإغناء أو التخفيف من المسؤولية عن الفعل العادي، وهو المنصور وقوعه من المدين، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة، بأن لجأ المدين إلى الغش أو ارتكب خطأ جسيماً - وعلى الدائن إثبات ذلك - وقع الإتفاق

باطلا، وتعين على القاضى تقدير التعريض بما يتفق والمضمر اللاحق بالدائن (م ٢١٧/٢ مدنى، و٢٦٧ موجهات) .

المطلب الثالث

التعويض القانوني

أو

فوائد التأخير

٤٦٥- الالتزام بدفع مبلغ من النقود:

قد يكون محل الإلزام مبالغاً من النقود، ولاخصيصاً للجمهورية أو النوع من الإلزام هو قابليته دائماً للتنفيذ المعين، وعلى تلك لا محل في شأنه للمطالبة بتعريض عن عدم التنفيذ، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخر في التنفيذ، ويطلق على التعريض في هذه الحالة فوائد التأخير.

٤٦٦- نوعان من الفوائد:

يجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين إذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المحدد له، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية، يلتزم بها المدين في عقد من عقود المعوضة. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فوائد معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض.

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التي يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول الأجل في الوفاء بالتزامه.

٤٦٧- سعر الفائدة:

حدد المشرع المصري سعر الفوائد القانونية وهو ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني) . أما الفوائد الاتفاقية، استثمارية كانت أم تأخيرية، فيترك تعديدها لارادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧٪، فإن زاد على ذلك نعين تخفيضها إلى ٧٪ وألزم الدائن برد الزيادة التي استولى عليها.

أما في التشريع اللبناني فإن السعر القانوني للفائدة في المسائل المدنية هو ٩٪، وإذا كان الدين مضمون برهن تأميني عقارى فيكون السعر ١٢٪، ويراعى بالنسبة للفوائد الاتفاقية ألا يزيد سعرها على الحد السابق.

أما في المسائل التجارية فالسعر القانوني للفائدة هو ٩٪ أيضاً، ولكن الرأي الغالب أن القوائد الاتفاقية ليس لها حد أقصى^(١).

٤٦٨- الربح المربك:

معارضة للربا الفاحش وضع المشرع المصري أحكاماً خاصة في هذا الشأن وهي:

أولاً - أن كل عمولة أو منفعة، أيًا كان نوعها، يشترطها للدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى وهو ٧٪ تعتبر فائدة مستقرة، وتكون قابلة للتخفيض (م ٢٢٧ مدني) .

(١) راجع في هذا الشأن مؤلفنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٧٢ بند ٨٣ وما بعده.

ثانيا - لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية (م ٢٣٢)، من ذلك الحساب الجاري إذ يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد في نهاية الحساب على مقدار رأس المال.

ثالثا - لا يجوز في المسائل المدنية تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وهو ما يعرف بالربح المركب، وعلة هذا التحريم أن تجريد الفوائد فيه خطر شديد على المدين، لأنه يؤدي إلى سرعة تضخم الدين، ويكفي لبيان ذلك أن نذكر أنه إذا أقرض الدائن مدينة بفائدة 4 ٪ فإن مبلغ الدين يتضاعف في حوالي ١٩ سنة إذا كان الربح مركبا، على حين أنه لا يتضاعف إلا في ٢٥ سنة إذا كان الربح بسيطا (م ٢٣٢ مدني). هذا ويلاحظ أنه يستثنى من قاعدة تحريم الربح المركب ما جرت به القواعد والعادات التجارية، كما هو الأمر بالنسبة إلى الحساب الجاري (م ٢٣٢ مدني).

هذا في القانون المصري أما في القانون اللبناني فيجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد حتى في المسائل المدنية بشرط ألا تقل المدة عن ستة أشهر (م ٧٦٨ موجدات).

٤٦٩- جواز تخطي حدود الفائدة:

إستثناء من مبدأ التقدير الجزافي الذي تتميز به فوائد التأخير، إتفاقية كانت أم قانونية، يجوز إلزام المدين بتسديد تكميلي يضاف إلى الفوائد، وإذا أثبت الدائن أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (م ٢٣١ مدني و ٢٦٥ موجدات).

٤٧٠- جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها:

يقابل الإستثناء السالف الذي يجوز فيه تخطي حدود الفائدة،

استثناء آخر يجوز فيه تخفيض أو إسقاط الفائدة، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٩ منقضى بقولها «إذا تسبب الدائن، بسوء نية وهو مطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض الفوائد، قسوتية أو اتفاقية، أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر».

الفرع الثاني

الآثار الخاصة لبعض الالتزامات

أو

الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام

٤٧١- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف

تتولوا فيما تقدم ما يترتب على الالتزام من آثار، وقد إقترحنا في كل ذلك أن الالتزام بسيط أي عادي، غير أن الالتزام قد يتصف به وصف يعدل من آثاره، مما يؤدي إلى تغيير في القواعد التي تحكم تنفيذه.

فإذا كان الأصل أن ينشأ الالتزام نهائياً بمجرد تحقق سببه، إلا أنه قد يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق للوقوع، وهذا هو الشرط.

وإذا كانت القاعدة أن للدائن أن يقتضى حقه من المدين بمجرد نشوئه، إلا أن إلتزام المدين قد يكون مقترناً بأجل يمنع إقتضائه في الحال.

وإذا كانت العادة أن يكون للالتزام محل واحد، إلا أنه قد يحدث أن يتعدد المحل فيكون الالتزام تخييراً أو بدلاً.

ولذا كان الغالب أن تنشأ رابطة الالتزام بين شخصين فقط، إلا أنه قد يقع أن يعهد الطرف للثالث أو الطرف المدين أو للطرفان معاً، ويتحقق ذلك في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين، وفي عدم قابلية الالتزام للانقسام.

المبحث الأول

الشرط

٤٧٣ - التعريف بالشرط وأنواعه،

الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه إلهام وجوب الالتزام وهذا هو الشرط الواقف، وإما زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ.

فإننا وهب أب لابنه مالا معيناً إذا تزوج، فلا يوجد الالتزام الأب إلا إذا تزوج الابن، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، فإن تزوج تحقق الشرط الواقف ووجد الالتزام.

ولنا وهب شخص آخر مالا معيناً، على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولداً، كان الالتزام الواهب معلقاً على شرط فاسخ، فإن تحقق هذا الشرط وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال الموهوب.

وسواء كان الشرط واقفاً أم فاسخاً فإن أثره يستند إلى الماضي (م ٢٧٠ مبنى و ٨١ موجبات)، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف اعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الإنفاق على إنشائه، وإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

٤٧٢- الشروط الواجب توافرها في الشرط:

يشترط لصحة الشرط أو بعبارة أخرى بشرط في الواقعة حتى نصلح كشرط صحيح ما يأتي:

أولاً - أن تكون الواقعة أمراً مستقبلاً، أي أن يكون تحققها لاحقاً لإنعقاد العقد، فإذا كانت الواقعة حاضرة أي تتحقق وقت تمام العقد، أو ماضية أي سبق تحققها وقت إبرام التصرف، فلا تعتبر شرطاً ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد (م ٨١/٢ موجبات).

ثانياً - أن تكون الواقعة أمراً غير محقق الوقوع، وإلا إعتبرت أجلاً لا شرطاً، وعدم التحقق يجب أن يتصرف إلى إمكان الوقوع لا إلى وقت الوقوع، فإن انصرف إلى وقت الوقوع، وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالموت، إعتبرت أجلاً غير معين تاريخ وقوعه، غير أن تحقق الموت لا يمنع من إعتبره شرطاً يعلق عليه الإلزام في بعض الحالات، كما لو علق الإلزام على وقوع الموت في خلال مدة معينة أو في يوم معين، لأنه ليس من المحقق أن يتم الموت في هذا الموعد.

ثالثاً - أن تكون الواقعة أمراً ممكناً، لأنه إذا لم تكن ممكنة، أي كانت مستحيلة، تخلفت حقيقة التطبيق على الشرط.

والإستحالة قد تكون مادية أي ترجع إلى طبيعة الأشياء، وقد تكون قانونية أي ترجع إلى حكم للقانون، وفي الحالتين يجب ألا تكون مطلقة. كالتمسك باصحاء جائزة لمن يكتشف دواء يسمي الموتى، وإلا كان الإلزام باطلاً.

رابعاً - يشترط في الواقعة أن تكون مشروعة، أي ألا تكون مخالفة

لتنظام العام أو الأدب. غير أنه يجب الإحترام من الخلط بين عدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها تحققه. فالجريمة عمل غير مشروع، إلا أن عدم مشروعيتها لا يستلزم حتماً عدم مشروعية الشرط. فتطبيق مبة مال على ارتكاب الموهوب له جريمة، يعتبر شرطاً غير مشروع، على حين أن إشكراط صخ الهبة إنا يرتكب للموهوب له هذه للجريمة، يعتبر تطبيقاً على شرط مشروع.

المبحث الثاني

الأجل

٤٧٤- التعريف بالأجل:

يكون الإلزام لأجل إذا كان نفاذه أو إنقضاءه مترتباً على أمر مستقبل محقق للوقوع (م ٢٧١/١ مئني و ٢/١٠٠ موجبات).

أي أن الأجل وفقاً لهذا التعريف إما أن يكون واقفاً يترتب عليه أرجاء نفاذ الإلزام، وإما أن يكون فاسخاً فيؤدي إلى إنقضاء الإلزام. والأجل الفاسخ أو المئني لا يعتبر وصفاً في الإلزام بالمعنى القلي، لأنه لا يغير من قواعد تنفيذ الإلزام شيئاً، بل يكون الدائن أن يطالب بتنفيذ الإلزام فور نشوء.

٤٧٥- أنواع الأجل:

ينقسم الأجل فيما يتعلق بالتيقن من تاريخ وقوعه، إلى أجل محدد للتاريخ وأجل غير معروف للتاريخ، فمخصصات الأجل تتوافر في الموت رغم إنتفاء اتيقن من حينه، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه (م ٢٧١/٢ مئني و ٣/١٠٠ موجبات).

كذلك ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى: أجل لتفاقي، وأجل قانوني، وأجل قضائي.

فالأجل الإتفاقي مصدره إرادة المتعاقدين، وهذا الأجل قد يكون سريعاً وقد يكون ممتدداً فعليه ظروف التصرف أو طبيعة الالتزام (م ١٠٧ موجبات). ففي العقولة يعتبر إلزام المفاوض مضافاً إلى أجل واقف، لأن ظروف التصرف تقتضي قيامه بعمل يستغرق بعض الوقت.

والأجل للقانوني هو ما يتكفل للقانون بتحديد. ومن أمثلة الأجل القانوني الوفاق، الوصية إذ هي مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصي. ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ حق الإنقاع، فهو يقتضي بموت المنتفع.

وبجانب الأجل القانوني الذي تقرره النصوص الخاصة، قد يتدخل المشرع في ظروف استثنائية كحرب أو أزمة إقتصادية، فيقرر مدّ آجال الديون المستحقة، رعاية للمصلحة العامة.

والأجل القضائي هو نظرة الميسرة وينحصر القاضي للمدين حسن النية إذا استدعت حاله ذلك، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٣٤٦/٢ مدني و ١١٥ موجبات).

٤٧٩- الأفكار التي تقترب على إضافة الالتزام إلى أجل واقف:

يقترب على إضافة الالتزام إلى أجل واقف عدم نفاذه، وهذا يؤدي إلى النتائج الآتية:

أولاً- لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول الأجل.

ثانياً - إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل إعتبر هذا نزولاً منه عن الأجل، ولكن إذا كان المدين وقت الوفاء يجهل قيام الأجل فهل له إسداد ما أوفى؟ فى القانون اللبائى لا يجوز للمدين الذى وفى عن غلط قبل حلول الأجل إسداد ما أوفى (م ١٠٨ موجبات).

أما فى القانون المصرى فله كقاعدة عامة إسداد ما أوفى (م ١/١٨٣ مدنى)، غير أنه إستثناء من هذه القاعدة يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما إستفاده بسبب الوفاء الممجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الإلتزام الذى لم يحل أجله نقوداً، إلزم للدائن أن يرد للمدين فائدتها بمسرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (م ١٨٣/٢ مدنى).

ثالثاً - لا تقع المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز (م ١/٣٦٢ مدنى و ١/٣٣٠ موجبات)، إلا إذا تنازل من تقرر الأجل لمصلحته عنه، وتمسكه بالمقاصة.

رابعاً - لا يسرى التناقص المسقط بالنسبة إلى الحق المؤجل قبل حلول الأجل، لوجود المانع القانونى الذى يحول دون المطالبة به (م ٣٨١/٢ مدنى و ١٠٨ موجبات).

٤٧٧- إنتضاء الأجل،

قد ينقضى الأجل طبيعياً بحلول الميعاد المحدد له، وقد ينقضى بالنزول عنه من تقرر الأجل لمصلحته، وفى القرض بدون فائدة يجوز للمدين رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل لأنه يعتبر مقررراً لمصلحته، وفى الوديعة يعتبر الأجل مقررراً لمصلحة الدائن، فله النزول عنه والمطالبة برد الوديعة

قبل الميعاد المحدد. وأخيراً قد يسقط الأجل بسبب من الأسباب التي نص عليها القانون وهو ما سنتناولها فيما يلي.

٤٧٨- سقوط الأجل،

يسقط الأجل قبل الميعاد المحدد له في حالات معينة نص عليها لمشرع (م ٢٧٣ مثنى و ١١٣ موجبات)، وهذه هي:

أولاً- إذا أشهر إفلاس أو أعسار المدين، وهذا طبيعي لأن الدائن لم يعمل المدين إلا لفقته في يساره، فإذا شهر إفلاسه أو إعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة.

ثانياً - إذا أضعف المدين بفضله التأمينات الخاصة التي أحاطها للدائن، كما لو قام بهدم العقار المقرر عليه رهن رسمي للدائن.

ثالثاً - إذا تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأميمات، كرهن أو كفالة، وللحكمة من ذلك واضحة، وهي أن الدائن لم يقبل إمهال الدين في الوفاء إلا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه، فإن أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل وحلول الدين.

رابعاً- وفاة المدين في القانون اللبناني دون القانون المصري (م ١١٤ موجبات).

المبحث الثالث

تعدد محل الالتزام

٤٧٩- الالتزام التخييري،

قد يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ نعمة المدين إذا أدى واحداً

منها، وهذا هو الإلتزام التخييري، والغرض من تعدد محل الإلتزام في هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن، فلا ينقضي الإلتزام لإستحالة التنفيذ إذا هلك أحد المحلين بقوة قاهرة، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ الإلتزام عيناً. ومثال ذلك أن يكون محل الإلتزام متراً أو أرضاً زراعية، فإذا هلك المنزل بسبب أجنبي كالحريق، فلا ينقضي الإلتزام بل يتعدد محله في الأرض (م ٢٧٥-٢٧٧ مدني و ٥٦-٦٧ موجبات).

٤٨٠- الإلتزام البدلي؛

قد يكون محل الإلتزام شيئاً واحداً، ولكن ثيراً ذمة المدين إذا أتى بدلاً منه شيئاً آخر، وهذا هو الإلتزام البدلي، ويسميه قانون الموجبات البدلي الإلتزام الإختياري، ومثال ذلك العربون الذي يدفعه البائع في مقابل الحصول عن البيع، إذ محل الإلتزام هو للمبيع، ولكن ثيراً ثمنه من هذا الإلتزام إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨ مدني و ٦٨ و ٦٩ موجبات).

المبحث الرابع

تعدد طرفي الإلتزام

٤٨١- تعدد الدائنين والمدينين؛

إفترضنا حتى الآن قيام رابطة الإلتزام بين دائن واحد ومدين واحد. ولكن قد يحدث أن يتعدد أشخاص هذه الرابطة، سواء من ناحية لجانب الدائن، أو من ناحية الجانب المدين، أو من الجانبين معاً. وقد يقع هذا التعدد ابتداءً كما لو باع عدة ملاك على الشيوع العين المشاعة بينهم، فيكون كل منهم دليلاً للمشتري بالثمن بقدر نصيبه في العين المبيعة. وقد

يكون هذا للتضامن طارئاً، وهو ما يحدث في حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة، فيكون لكل وراث أن يطالب مدين المورث بقدر حصته في الدين.

والأصل أن تعدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شديداً إلا في حالتي التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام.

المطلب الأول

التضامن

٤٨٢- التضامن الإيجابي والتضامن السلبي؛

التضامن وصف يحصل دون إنقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو إنقسام الالتزام في حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون تضامناً إيجابياً أو تضامناً سلبياً.

والغرض من التضامن الإيجابي هو تسهيل عملية إستيفاء الحق، إذ يكون لكل من الدائنين للمتضامنين أن يستولي كامل الدين من المدين، كما يكون لهذا الأخير أن يبرأ دمه من الدين بالوفاء به لأي من الدائنين. ولما كان هذا الغرض من الممكن تحقيقه عن طريق الوكالة، قل بالتالي إشتراط التضامن بين الدائنين.

أما الغرض من التضامن السلبي فهو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر إصغار أحد المدينين، ذلك أن مساندة العام لإستيفاء كامل الدين لا ينصب على أموال مدين واحد، بل على أموال سائر مدينين للمتضامنين، ولذا يكون له أن يستأدى حقه كاملاً من أي مدهم.

والتضامن سواء أكلن إيجابيا أم سلبيا يقوم على مبدأي ثلاثة تحكم علاقة المتضامنين، سواء أكانوا دائنين أم مدنيين، بالطرف الآخر، وهذه المبادئ هي:

أولاً - وحدة المحل، ويقصد بذلك أنه يوجد محل واحد لالزام أمدين المتضامنين نحو الدائن، أو لحق الدائنين المتضامنين نحو المدين.

ثانياً - تعدد الروابط، ذلك أن وحدة المحل لا تمنع من أن كلا من الدائنين للمتضامنين تربط بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين، وأن كلا من المدينين المتضامنين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين، أي أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين، وهذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر، ولذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذي تنقسم به غيرها، فقد يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لأحد المدينين، ومضافاً إلى أجل بالنسبة إلى غيره مما يتعين معه الإعتداد بالوصف اللاحق بكل رابطة.

ثالثاً - الثباتية التبادلية بين المتضامنين فيما ينفع دون ما يضر.

هذا ومنقصر في بحثنا في التضامن على تناول التضامن السلبى لأهميته العملية. أما التضامن الإيجابى فسنقتل الكلام عنه نظرا لحالة شأنه من جهة، وإلى إنصراف نفس المبدأي التي تحكم التضامن السلبى إليه من جهة أخرى.

٤٨٢ - مصادر التضامن السلبى،

القاعدة أن التضامن لا يفترض فى المسائل المدنية (م ٢٧٩ مدنى

٢٤) موجبات) ، بل يجب أن يتفق عليه في العقد أو أن ينص عليه القانون، بمعنى أنه إذا تناول الإتفاق عدة مدينين فلا يفترض التضامن فيما بينهم بل يجب أن يستفاد ذلك صراحة من العقد، وأنه لا يجوز أن تقيس على حالات التضامن القانوني ما لم يرد في شأنه نص يقضي بذلك. ومن الأمثلة على حالات التضامن القانوني أنه إذا تعدد المستولون عن العمل للضار كانوا متضاملين في إلزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني و ١٣٧ موجبات) .

أما في المسائل التجارية فالأصل افتراض التضامن ما لم يستفاد العكس من العقد أو من القانون (م ٢/٢٤ موجبات) .

٤٨٤- الآثار التي تترتب على وحدة المحل

يترتب على وحدة المحل أي وحدة الدين في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن نتائج معينة تتمثل فيما يلي:

أولاً - للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بكل الدين (م ٢٨٥ / ١) . وإذا رجع الدائن على المدينين منفردين فله مطلق الحرية في إختيار من يطالبه بأداء كل الدين، فإن لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب إعساره، كان له للرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين.

ثانياً - يقابل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أحد المدينين وإجبه في قبول الوفاء من أي منهم . ويترتب على وفاء أحد للمدينين، براءة ذمة للباقيين بقدر ما استوفاه الدائن منه، بمعنى أنه إذا استوفى الدائن بعض الدين من أحد المدينين، فلا يجوز له أن يطالب غيره من المدينين إلا بباقي الدين (م ٢٨٤ مدني) .

ثالثاً - التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه، بمعنى أنه إذا كان الدين بطلاً بطلاً مطلقاً لعدم مشروعية السبب أو المحل، أو كان لما يستحق بعد لأنه مضاف إلى أجل، فيجوز لمن يطالبه الدائن بالوفاء أن يضمم بهذا الدفع، لأنه من قبيل الدفع المشتركة بين جميع المدينين (م ٢٨٥/٢ مدني) -

٤٨٥ - الآثار التي تتربط على تعدد الروابط:

يتربط على تعدد للروابط التي تربط المدينين المتضامنين ببلدان، واستقلال كل رابطة عن غيرها نتائج معينة تتمثل فيما يأتي:

أولاً - الإعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة، فقد تكون رابطة أحد المدينين متجزئة، ورابطة غيره محقة على شرط واقف أو مضافة إلى أجل واقف، وقد يكون الالتزام في جملته مؤجلاً ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب اعساره، وفي جميع هذه الحالات ينعين على الدائن أن يراعى الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد إقتضاء الدين منه (م ٢٨٥/١ مدني) .

ثانياً - يبنى على تعدد الروابط أنه قد تنقضي رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين إلا في حدود نصيب المدين الأول في الدين.

٤٨٦ - الآثار التي تتربط على التباينة التبادلية:

تتأثر التباينة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على ما ينفع دون ما يضر، من ذلك أنه إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين، وإذا وجه الدائن اليمين الحاسمة إلى

أحد المدينين فكل عنها فلا يضار الباقيون من هذا النكول، أما إذا حلفها فيفيد من ذلك الباقيون.

وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتاج بهذا للحكم على الباقيين، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقيون .. ومكنا.

٢٨٧- علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم:

يحكم علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أمران هما:

أولاً - إنقسام الدين، بمعنى أنه إذا كان الأصل هو إلزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالدائن، إلا أنه فيما بين المدينين أنفسهم يقسم الدين بينهم حصصاً متساوية إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

ثانياً - إذا وفي أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن كان له الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين، سواء في ذلك كان ند وفي حصة الدين أم جزء منه يزيد على نصيبه (م ٢٩٧ مدني و٤٠ موجهات).

وإذا تصادف في رجوع المدين للموفا على أحد المدينين أن وجده معسراً، فإنه لا يحمل وحده ثبته هذا الإعسار بل يشاركه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته في الدين (م ٢٩٨ مدني) (١).

(١) الحق المشرع للبائى في الحكم حالة لنهية بحالة الإعسار (م ٤١ موجهات).

المطلب الثاني

عدم قابلية الالتزام للإنقسام

٤٨٨- التعريف بالالتزام غير القابل للإنقسام:

يعبر الالتزام غير قابل للإنقسام إذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء بالنظر إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه، أو بالنظر إلى الشروط التي وضعت في شأن توقيده.

ولا تسد بين فائدة تقسيم الالتزام إلى قابل وغير قابل للإنقسام إلا عدد تعدد طرفية، سواء أكان ذلك التعدد في المدينين أو في الدائنين أو فيهما معاً. ذلك أنه إذا لم تضم رابطة الالتزام إلا دائناً واحداً ومديناً واحداً، تعين على هذا الأخير أن ينفذ إلتزامه كاملاً ولو كان هذا الإلتزام قابلاً للإنقسام (م ٤٢٤/٣ مدني و ١/٣٠٠ موجبات).

٤٨٩- أسباب عدم القابلية للإنقسام:

ترجع عدم قابلية الالتزام للإنقسام إما إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه، وإما إلى اتفاق المتعاقدين أو نص القانون (م ٣٠٠ مدني و ٧٠ موجبات).

٤٩٠- عدم الانقسام الطبيعي:

يفرق الفراح بين نوعين من عدم الإنقسام الطبيعي: أحدهما يكن فيه عدم الإنقسام مطلقاً لأن المحل يستعصى بأي صورة من الصور على الإنقسام كما لو باع شخصان حيواناً حياً، فاللزام كل منهما بتسليمه حياً لا يقبل الإنقسام، ولذا يكون للمشتري الرجوع على أيهما مطالباً أياء بتنفيذ كامل الإلتزام، والآخر يكون فيه عدم الإنقسام نسبياً، لأن المحل

وإن كان يقبل الإنقسام إلا أنه تمتنع تجزئته بالنظر إلى الغرض المنصود منه، مثال ذلك التزام مقاول ببناء منزل، فهذا الإلزام من الممكن تجزئته وفقاً لطبيعة العمل من بناء أو تجارة أو حذادة... الخ، كما يمكن انقسامه وفقاً لمراحل العمل المتعاقبة، ومع ذلك فالتزام المقاول يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة، لأنه معله وفقاً لغرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه.

٤٩١- عدم الإنقسام المشروط:

يرجع عدم الإنقسام المشروط أو عدم الإنقسام العرضي لا إلى طبيعة العمل (فالمحل يكون فيه قابلاً للإنقسام) بل إلى إتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني، أو إلى نص في القانون.

ومن الأمثلة على عدم الإنقسام الإتفاقي أن يبيع شخص قطعة أرض إلى مشتر واحد بمقد واحد، ويكون مفهوماً فيما بين المتعاقدين أن البائع قد أراد بهذا التصرف أن يوفي من ثمنهما معاً ديناً عليه، فيكون إلتزام المشتري بالنسبة للقطعتين إلزاماً واحداً لا يقبل الإنقسام.

٤٩٢- آثار عدم قابلية الإلتزام للإنقسام:

يترتب على عدم قابلية الإلتزام للإنقسام أن يكون للدائن مطالبة أي مديين من المدينين الملتزمين بوفاء كامل الإلتزام، وليس للمدين المطالب أن يحيل للدائن على باقي المدينين، بل كل ما له هو أن يطالب بتأجيل الدعوى حتى يدخل باقي المدينين فيها.

وإذا تعدد الدائرون بالإلتزام غير قابل للإنقسام، سواء نشأ هذا للتعدد ابتداءً عند قيام الرابطة القانونية أو نتيجة لوفاء الدائن عن عدة

الفصل الثاني

انتقال الالتزام

٤٩٣- حوالة الحق وحوالة الدين،

رأينا أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين تسمى بالحق إذا نظر إليها من جانب الدائن وتسمى بالالتزام أو الدين إذا نظر إليها من ناحية لمدين. ويمكن التصرف في هذه الرابطة باعتبارها حقاً وهذه هي حوالة الحق، كما يمكن التصرف فيها باعتبارها ديناً وهذه هي حوالة الدين.

الفرع الأول

حوالة الحق

٤٩٤- التعريف بحوالة الحق،

حوالة الحق إتفاق به الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه. ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل، والدائن الجديد بالمحال له، والمدين بالمحال عليه.

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم لبيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة (م ٣٠٣ - ٣١٤ مدني و ٢٨٠ - ٢٨٦ موجدات).

٤٩٥- شروط انعقاد ونفاذ الحوالة،

تتم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط، غير أنها لا تنفذ في مواجهة المدين إلا بقبوله للحوالة أو إعلانه بها، كما لا تنفذ في مواجهة الغير (كمحال له ثان) إلا إذا كان هذا القبول أو الإعلان ثابت التاريخ والإعلان يعتبر دائماً ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين.

وإذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو إعلانه بها الثابت التاريخ، إلا أنه ترد على هذا الأصل إستثناءات يقصد بها تارة للتشديد وتارة التخفيف من الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة.

فمن الإجراءات التي يقصد بها التشديد أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسرى على الغير (م ١٠ من قانون الشهر العقاري المصري).

ومن الإجراءات التي يقصد بها التخفيف ما يتعلق بالسندات لحاملها، فهذه السندات تنتقل للملكية فيها بالتسليم في مواجهة الكافة دون حاجة إلى إجراء آخر وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الإذنية من كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات، فهذه السندات تتم حوالتها وتكون نافذة قبل المدين والغير بطريق الظهير أي بطريق التحويل على ظهر السند.

الفرع الثاني

حوالة الدين

٤٩٦- التعريف بحوالة الدين:

حوالة الدين اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي إلى

شخص آخر. وأهم ما تتميز به حوالة الدين هو أن بها ثبراً ذمة المدين الأصلي قبل الدائن، كما أن نفس الدين بحسبته كما لو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وينقوصه كما لو كان قابلاً للإبطال، وتأميناته كما لو كان مضموناً برهن رسمي، ينتقل إلى المدين الجديد (م ٣١٥ - ٣٢٢ مدني و ٢٨٧ - ٢٨٩ موجهات).

٤٩٧- شروط إنعقاد ونفاذ حوالة الدين،

تتعقد حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه، ولكنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها، وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، يعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة.

إقرار الدائن للحوالة أو رفضه لها قد يكون صريحاً أو ضمناً.

٤٩٨- آثار حوالة الدين،

إذا أقر الدائن الحوالة انتقل الدين ذاته من المدين الأصلي إلى المحال وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، ذمة المدين الأصلي.

ولما كان الاستخلاف يتم على نفس الدين الأصلي، فإن هذا الدين يظل محتفظاً بصفاته ودفعه وتأميناته.

٤٩٩- صورة خاصة لحوالة الدين،

كما تعقد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، كذلك

تعتقد باتفاق بين الدلائل والمحال عليه، ولا يشترط في هذه الصورة رضا المدين الأصلي بالحوالة، فهي تعتقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، لأنه إذا كان الوفاء يجوز من غير المدين ولو يغير علمه أو رغم معارضته، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجة إلى رضاه (م ٢٢٣ مدني و ٢٩٢ مرجحات).

الفصل الثالث

إنقضاء الالتزام

٥٠٠- أسباب الإنقضاء:

يمكن رد أسباب إنقضاء الالتزام إلى ثلاث طوائف جامعة وهي:

أولاً- إنقضاء الالتزام بالوفاء، وهو السبب المألوف في أداء الحق.

ثانياً- إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، ويتحقق ذلك في الوفاء،
بمقابل أو الوفاء بأداء العوض كما يسهبه القانون اللبناني، والتجديد والإنابة،
والمقاصة، واتحاد الذمة.

ثالثاً- إنقضاء الالتزام دون وقاء أو ما يعادل الوفاء، ويكون ذلك في
الإبراء، واستحالة التنفيذ، وللقادم المستط.

الفرع الأول

الوفاء

٥٠١- التعريف بالوفاء وتوابعه:

الوفاء هو الطريق الطبيعي لإنقضاء الالتزام، لأنه يتمثل في تنفيذ

ذات الإلزام الذي نعهد به المدين أياً كان محله، أى سواء أكان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء، أو القيام بعمل ... الخ. وبذلك يختلف المعنى القانوني للوفاء، عن معناه الدارج، إذ يقتصر في المعنى الأخير على النقود كعمل للإلزام.

والوفاء قد يكون بسيطاً، وهذه هي الصورة العادية له، وقد يكون وقفاً مع العلول إذا قام غير المدين بوفاء الدائن وحل محله في الرجوع على المدين، وسننظر فيما يلي في كل نوع من هذين النوعين.

المبحث الأول

الوفاء البسيط

٥٠٢- الوفاي:

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين. وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابته قانونية أو إتفاقية كالولي والوصي والوكيل.

وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلاً أو مديناً متضامناً. وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء، ولكن يقوم به إما الرغبة في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وقاه عنه، وإما لأنه فضولي ورأى أن يقي المدين شر إجراءات التنفيذ القهري المهدد بها على أمواله.

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، بل هو ملزم بقبوله إلا في حالتين.

الأولى - إذا نص في الإتفاق المنشئ للإلتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم به المدين نفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره (م ٢٠٨ مدني و ١/٢٩٢ موجبات).

الثانية - إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذلك، وإعترض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الإعتراض. وفي هذه الحالة يكون الدائن حراً بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة (م ٢/٣٢٣ مدني).

٥٠٢- الموهي له

القاعدة أن للدائن هو ذو الصفة في إستيفاء الدين، وله أن ينوب عنه وكيلاً في ذلك. ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لإستيفاء الدين، فإذا كان قاصراً وجب أن يتم الوفاء لثانيه القانوني كالولي أو الوصي، فإذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلاً للإبطال، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا أجاز له القاصر بعد بلوغه من الرشد.

على أن الوفاء لناقص الأهلية وإن كان ممعناً، إلا أنه يبرء ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء، كما لو أنفق في تعليمه مثلاً.

وإذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في إستيفاء الدين، فلا قد تبرأ ذمة المدين من الدين، ويضمن عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفي بالدين غلطاً يفي به مرتين. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث وهي:

أولاً- إقرار الدائن للوفاء.

ثانياً- إذا عانت على الدائن منفعة من هذا الوفاء ويقدر هذه المنفعة .
مثال على ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطلبه هذا الأخير بالوفاء، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما انقضى من دين على دائنه للمعفى له .

ثالثاً- إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته وهو ما يسمى بالدائن الظاهر، كما لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر فيما بعد أنه معجوب بوارث آخر (الوارث الظاهر)، أو تم الوفاء لموصى له ثم تبين أن الوصية باطلة.

٥٠٤- محل الوفاء:

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما إلتزم به المدين، سواء كان الإلتزام بإعطاء شيء أو كان الإلتزام بعمل أو بامتناع عن عمل، فلا يجوز للمدين إلزام الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساوياً له في الفائدة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدني و ١/٩٩ موجبات).

وإذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالنوع، فليس على المدين، إذا لم تذكر درجة للجودة، إلا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط، بمعنى أنه لا يلتزم بالوفاء بشيء من أجود صنف، كما لا يجوز له الوفاء بشيء من أردى صنف، (م ٢/١٣٣ مدني، و ٣٩٩ موجبات).

وإذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات، عتقراً كان أم منقولاً، وجب على المدين تسليمه إلى الدائن بالحالة التي هو عليها وقت الوفاء، إلا إذا إتفق على غير ذلك.

وإذا كان محل الالتزام نفوذاً للدين بقدر عديمها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه للنفوذ أو لإنخفاضها وقت الرقعة أى أثر (م ١٣٤ مدنى) .

٥٠٥- عدم جواز تجزئة الوفاء:

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء، فلا يجوز إلزام الدائن بقبول الرقعة بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلاً للإنقسام . وهذه القاعدة لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسمى كذلك بالنسبة لمحقاقته كالمصاريف والفوائد، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الرقعة بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته .

على أن الحكم السابق فى شأن عدم تجزئة الوفاء لا يجرى على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات معينة: فقد يتفق فى العقد على تخويل المدين حق تجزئة الوفاء، وقد ينظر القاضى المدين إلى أجل ينقد فيها التزامه (م ٢/٣٤٦ مدنى و ٢/٣٠٠ موجبات) ، وقد يبيع القانون هذه التجزئة كما هو الشأن فى المقاصة وبها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما (م ٢/٣٠٠ موجبات) .

٥٠٦- تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم:

إذا تعددت الديون فى ذمة المدين لدائن واحد، وكانت جميعها من جنس واحد كنفوذ مثلاً، وأدى المدين مبلغاً لا يفي بها جميعاً، فعلى أى أساس يكون احتساب الخصم أى تعيين جهة الدفع؟

نعرض هذه المسألة فى حالتين: الأولى إذا كان المبلغ الذى دفعه المدين لا يكلى للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصاريف

وفوائد، وفي هذه الحالة يخضع ما يؤديه المدين من حساب المصروفات، ثم من حساب الفوائد، ثم من أصل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك. الثانية إذا تعددت الديون وأتحدث جنساء كان للمدين الخيار في تعيين ما يقصد إلى وفائه منها، ما لم يحصل دون ذلك مانع إتفاقي، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين بعين، أو مانع قانوني، كما لو إختار الخصم من دين مضاف إلى أجل ضرب لمصلحة الدائن.

إذا لم يبين المدين الدين يريد قضاءه، إنتقل هذا الخيار إلى الدائن في القانون اللبناني، أما في القانون المصري فيدخل في القانون في هذه الحالة تعيين جهة الدفع.

وجهة الدفع وفقاً للقانون هي على الترتيب الآتي: يكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء، فإذا توافر هذا الوصف في عدة ديون فيكون الخصم من حساب الدين الذي يكون للمدين في الوفاء به مصلحة أكثر من سواء، كما لو كان هذا الدين يغل فائدة أكبر، فإذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذي يعينه الدائن في القانون المصري، ومن حساب الديون جميعاً بنسبة مقاديرها في القانون اللبناني (راجع للمود ٢٤٢ - ٢٤٥ مدني و ٢٠٧ - ٢٠٩ موجدات).

٥٠٧- زمان ومكان الوفاء ومصاريفه:

يخبر الإلتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه إلا إذا كان مضافاً إلى أجل أو معقلاً على شرط واقف. ويجوز للقاضي أن يسهل للمدين حسن النية إلى أجل معقول أو إلى أجل ينفذ فيها الإلتزامه إذا كان ذلك لا يضر بالدائن ضرراً جسيماً (م ٢/٢٤٦ مدني و ٣/٢٠٠ موجدات)، ويسمى ذلك بظلمة الميسرة.

رغم ما يتعلق بمكان الوفاء يرجع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في هذا الشأن، فإذا لم تبين هذه الإرادة أو كان الإلتزام قانونياً وجب الرجوع إلى الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الموضوع، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات في مكان وجودها وقت نشوء الإلتزام، ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع في موطن المدين وقت الوفاء، لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنفود مثلاً أن على الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، ويعبر عن هذه القاعدة بأن «الدائن مطلوب لا محمول» (راجع م ٢٤٧ مدني و ٣٠٢ موجبات).

أما عن مصاريف الوفاء فالأصل أن يتحمل بها المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك (م ٢٤٨ مدني و ٣٠٤ موجبات).

المبحث الثاني

الوفاء مع الحلول

٥-٨- التعريف بالوفاء مع الحلول وفائده:

الوفاء إما أن يتم بمعرفة المدين نفسه وإما أن يتم بمعرفة الغير، فإن تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائياً، وإن تم بمعرفة الغير كان له الرجوع على المدين بأحد دعويين هما: الدعوى الشخصية بإعتباره دائناً بدين جديد، وإما بدعوى الحلول بإعتباره قد حل محل الدائن الأصلي في الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفع وما يتبعه من تأمينات.

وفائدة الوفاء مع الحلول، تتجلى بالنسبة للموفي في الحصول على توظيف مأمون لأمواله وبالنسبة للدائن في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به، وبالنسبة للمدين في تجنب التفتيد على

أمواله بمعرفة الدائن، في فترة قد يعتذر فيها عليه تلافى مثل هذا الإجراء.

٥٠٩- حالات الوفاء مع الحلول،

للحلول على نوعين، فهو قد يكون إلتافياً، يتم بإتفاق الغير مع الدائن أو بإتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونياً يقع بقرة القانون دون حاجة إلى إتفاق في حالات معينة.

٥١٠- الحلول بالإتفاق مع الدائن،

يتم الحل بالإتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذي رقى له حقه على أن يعزل الغير محله في الحق الذي وفاء، ولا ضرورة لرضا المدين بذلك.

ويجب أن يتم الإتفاق على الحل بين الدائن والموفى وقت الوفاء منعا للنقض، لأن الدائن قد يتولمأ مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأعيار لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر في المرتبة، فيما لو أقر المشرع صحة الإتفاق على الحل بعد الوفاء (م ٣٢٧ مدني و ٣١٣ مرجليات).

ويشترط في المخالطة التي تتضمن وفاء مع الحل أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالإتفاق على الحل في مواجهة الغير كالدائن امرئهم الثاني مثلاً.

٥١١- الحلول بالإتفاق مع المدين،

يجوز للمدين الإتفاق مع الغير على الوفاء بدين الدائن والحول ولو بدون رضا الدائن، إذا توافرت الشروط الآتية:

أولاً- أن يكون هناك قرض عفاه المدين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن.

ثانياً- أن يذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص للوفاء بدين الدائن.

ثالثاً- أن يذكر في المخالصة أن للوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد.

رابعاً- أن يكون لعقد القرض ولستند المخالصة تاريخ ثابت منعاً للنقض، لأن المدين قد يوقي الدائن المرتهن الأول من ماله الخاص، ثم يحتاج بعد ذلك إلى نقود يتفق مع المقرض على تقديم تاريخ القرض حتى يسبق تاريخ الوفاء، ليحل بذلك المقرض محل الدائن المرتهن الأول، بإضراراً بالدائن المرتهن الثاني، في حين أن مثل هذا التحايل يمنع إذا اشتراطنا ثبوت تاريخ القرض المخالصة حتى يحتج بهما في مواجهة الغير، كالدائن المرتهن الثاني (م ٣٢٨ مدني و ٣١٤ موجبات).

٥١٢- الحلول القانوني:

يتم الحلول بقوة القانون في حالات معينة دون حاجة إلى إتفاق الموفي مع المدين أو مع الدائن، والجامع بين هذه الحالات أن الموفي يكون غير أنه مصلحة في الوفاء بالدين. وقد تناولت هذه الحالات المادتان ٣٢٦ مدني و ٣١٢ موجبات، من ذلك حالة ما إذا كان الموفي شخصاً ملزماً بالدين مع المدين كالمدين المتضامن أو شخصاً ملزماً بالوفاء الدين عن المدين كالوكيل.

الفرع الثاني

إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٥١٣- طرق الإنقضاء المعادلة للوفاء:

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية: الوفاء بمقابل، التجديد والإثابة، المقاصة، اتحاد الذمة. ويجمع هذه الأسباب كلها، أن كلا منها يهيئ سبيلاً لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما ألزم به. وفي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئاً آخر خلافاً للشيء محل الالتزام، وفي التجديد يفي المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد، وفي المقاصة وإنعاد الذمة بضم الوفاء للدائن بإنقضاء التزام عليه.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٥١٤- التعريف بالوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل يسمى كذلك بالإعتياض أو الإيفاء بأداء المومن كما أطلق عليه المشرع اللبناني، هو قبول الدائن من المدين في إستيفاء حقه شيئاً آخر خلافاً للشيء المستحق أصلاً. وإذا كانت الصورة الثابتة للوفاء بمقابل هو أن ينقل المدين إلى الدائن ملكية عقار أو منقول وفاءً للالتزام بمبلغ من النقود، إلا أن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي متعلقاً بنقل ملكية عقار معين كأرض، فيقبل الدائن وفاءً لهذا الالتزام بتقديم عقار آخر كمنزل مثلاً، أو أن يقبل بدلاً منه مبلغ من النقود.

٥١٥- الشروط اللازمة لتحقيق الإعتراض:

ظاهر من التعريف السابق ومن الأمثلة التي أوردهاها ثلوفاء بمقابل، أنه يشترط لتحقيق الإعتراض .

أولاً - أن يعطى للمدين للدائن شيئاً وفاء لإلزام عليه .

ثانياً- ألا يكون هذا الشيء هو المستحق أصلاً على المدين .

ثالثاً- أن يقبل الدائن الوفاء بمقابل، غير أنه لا يشترط في قبول الدائن أن يكون صريحاً، بل قد يكون ضمناً، وبعد من قبيل القبول الضمني عدم إضرار الدائن أو لبناء أي تحفظ عند الأيفاء بأداء العوض (م ٢٥٠ و ٣٥١ منى و ٣١٨ و ٣١٩ موجبات) .

المبحث الثاني

التجديد والافاءة

٥١٦- التعريف بالتجديد وأنواعه:

التجديد هو إتفاق قصد به إستبدال إلزام جديد بإلزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره . هذا العنصر قد يكون متعلقاً بالدين، أو بشخص المدين، أو بشخص الدائن (راجع م ٢٥٢ - ٢٥٨ منى و ٣٢٠ - ٣٢٥ موجبات) .

فالتجديد بتغيير الدين يتم بين نفس طرفيه، عن طريق تغيير محله أو سببه، وبذلك ينشأ بينهما إلزام جديد مغاير للإلزام القديم في المحل أو السبب أي المصدر. ومثال التجديد بتغيير المحل، الإتفاق على أن يلتزم

شخص مدين بمقدار معين من القمح، على إعطاء الدائن مبلغاً من النقود بدلاً منه أو العكس.

ومثال التجديد بتغيير السبب أي المصدر، إستبقاء المشتري أو المستأجر دين الدين أو دين الأجرة على سبيل القرض.

أما التجديد بتغيير المدين فيتم بأحد طريقين: الأول- أن يتفق الدائن مع أحد الأغيار على أن يكون مديناً مكان للمدين الأصلي، مع براءة ذمة هذا الأخير، ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهداً بالوفاء، ويتم دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلي به. الثاني- أن يتفق المدين مع الدائن على أن يكون شخص آخر مديناً مكانه، ويقبل هذا الشخص أن يكون هو المدين الجديد، أي أن التجديد يتم في هذه الحالة برضاء الأطراف الثلاثة وتسمى هذه الحالة بالإئابة الكاملة في الوفاء.

أما التجديد بتغيير الدائن فيتم بالإتفاق بين الدائن والمدين والأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد.

٥١٧- آثار التجديد:

يستتبع التجديد إنقضاء الإلتزام القديم بتوابعه، ومن هذه فتوابع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به، إلا أن المشرع أجاز الإتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الإلتزام الجديد بشرط عدم الإضرار بالغير، ولذا يشترط أن يتم الإتفاق على نقل التأمينات مع الإتفاق على التجديد في وقت واحد، وأن يكون هذا الإتفاق ثابتاً للتاريخ. لأنه لو تم التجديد دون إتفاق على نقل التأمينات، لإنقضى الإلتزام القديم بتأميناته، دون إستطاعة بعثها من جديد.

٥١٨- الإنابة:

الإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه . وهي على هذا النحو تفترض وجود أطراف ثلاثة هم: المنيب (المفروض) أي المدين، والمناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن، والمناب (المفوض إليه) وهو الغير الذي يرتضى وفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب)، ولو أن الغالب أن يكون المنيب دائناً للمناب، فبرتضى الأخير الإنابة يفتنى عن طريقها هذا الدين، كما لو باع مدين عقارا له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه .

٥١٩- أنواع الإنابة:

تتقسم الإنابة إلى نوعين: الأول- الإنابة الناقصة وفيها لا يبرئ المناب لديه ذمة مدينة المنيب، بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب. الثاني - الإنابة الكاملة وفيها يبرئ المناب لديه أي الدائن ذمة مدينة المنيب، ويرتضى المناب مديناً بذله، ولذا فهي تتضمن تغيير المدين (راجع المواد ٣٥٩-٣٦١ مدني و ٣٢٦ و ٣٢٧ موجدات) .

المبحث الثالث

المقاصة

٥٢٠- التعريف بالمقاصة وأهميتها:

المقاصة (La compensation) طريق من طرق إنقضاء الالتزام،

الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به، بمنع الوفاء المزدوج. وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين، إجتمع في كل منهما صفة للدائن والمدين، فيقتضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وأهمية المقاصة تكمن في أنها تحبر بالنسبة لكل طرف من طرفيها بمداية ضمان يجنبه مزاحمة باقي الدائى الطرف الآخر، فيما لو إصطر إلى الوفاء بما عليه. ثم للرجوع بما له على مدينه، وعلى هذا النحو تعتبر المقاصة حالة من الحالات النادرة التي يجمع فيها الدائن المادى بامتياز فطى بالنسبة لتلقى مدينه (راجع للمراء ٣٦٢ - ٣٦٩ مدنى و٣٢٨ - ٣٣٦ موجبات).

٥٢١- أنواع المقاصة:

المقاصة على أنواع ثلاثة: مقاصة قانونية ونفع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، وهى التى نعتينا هنا. ومقاصة إختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وكان مقصود به مصلحة الطرفين معا أو مصلحة أحدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

٥٢٢- شروط المقاصة القانونية:

يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافر الشروط الآتية:

أولاً- أن يكون الدينان بين نفس الشخصين.

ثانياً- أن يكون الدينان واردين على نقود أو مبالغ متحدة فى النوع.

ثالثا- أن يكون الدينان خاليين من النزاع.

رابعا- أن يكون الدينان مستحقى الأداء.

خامسا- أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء.

٥٢٢- الشرط الأول - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين:

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك تقابل بين الدينين، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائما ومدينا للآخر في نفس الوقت.

كذلك يستلزم للتقابل أن يكون كل شخص دائما ومدينا بصفة واحدة، فإذا كان أحد الشخصين دائما للآخر بصفته وصيا على قاصر، ومدينا له بصفته الشخصية، فلا يستطيع أن يطلب المقاصة بين حق القاصر ودينه الشخصي.

ولا يجوز للشريك أن يطلب المقاصة بين ما هو حق للشركة وبين دينه الشخصي، ولا يصح للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو.

٥٢٤- الشرط الثاني - أن يكون الدينان واديين علي نفوذ أو مثلثات متعددة في النوع:

لما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لإقتضاء مقام الوفاء، ويجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد، حتى ينفرد كل طرف الشيء المستحق له، وعادة تقع المقاصة بين دينين من النفوذ، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى، بشرط أن تكون متحدة في النوع ودرجة الجودة، كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف ودرجة الجودة.

٥٢٥- الشرط الثالث - أن يكون الدينان خاليين من النزاع؛

يعبر الدين خالياً من النزاع إذا كان ثابتاً أي مؤكداً، ومقدراً، وبشرط في النزاع الذي يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون جدياً، والغرض من هذا الشرط الأخير هو منع المدين من إثارة منازعة مصطنعة في دين ثابت حتى يحول دين وقرع المقاصة.

ولكن إذا كان النزاع جدياً، وامتنع وقوع المقاصة القانونية، فيمكن لصاحب المصلحة المطالبة بالمقاصة التفضيلية. وكما يجب أن يكون الدين ثابتاً، فيجب كذلك أن يكون مقدراً، وإلا امتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر، إلزام بتعريض لم يقرره القضاء بعد.

٥٢٦- الشرط الرابع - أن يكون الدينان مستحقين الأداء؛

لما كانت المقاصة تعتبر وفاءً قانونياً مزدوجاً، وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء. وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا كان أحد الدينين مستحقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو مقترناً بأجل واقف لم يخل بعد.

هذا مع ملاحظة أنه لا تحول دين وقوع المقاصة نظراً للمبصرة التي يمنحها القاضي، لأن نظرة المبصرة المقصود بها رعاية المدين الذي يفقر مؤقتاً إلى المال اللازم للوفاء بدينه، فإن ظهر له مال نصت في حق له قبل دائنه، وجب إعمال المقاصة.

٥٢٧- الشرط الخامس - أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاءً،

أي يجب أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به. وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الإلزامين إلزاماً طبيعياً، والآخر إلزاماً مدنياً، لأن الإلزام الطبيعي لا يمكن لمطالبة به قضاءً وقهر المدين به على الوفاء.

٥٢٨- الدينون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية:

الأصل أن المقاصة تقع في الدينون أيًا كان مصدرها، غير أن لمشرع استبعد حالات معينة من هذا الأصل، وقرر عدم جواز المقاصة القانونية فيها ولو توافرت شروطها، وهذه الحالات هي:

فولاً- إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دين حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده. وليس هذا إلا تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه.

ثانياً- إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية الاستعمال وكان مطلوباً رده. والعلّة في هذا الاستثناء أن مناط الوديعة أو المعارية هي الثقة التي للمودع أو المعير في شخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المعار، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دافعاً بمثل ما أؤتمن عليه، لما نهى الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود.

ثالثاً- إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز، والعلّة في هذا أن المقاصة لا تعتبر وفاء اختياريًا بل وفاء قهريًا، ولذا تأخذ حكم الحجز، ويمتنع التمسك بها إذا كان أحد السقين غير قابل للحجز عليه. وعلى ذلك لا يجوز لمن كان مدينًا بدين نفقه أن يتمسك في مواجهة دلقته بالمقاصة، لأن حق للنفقة غير قابل للحجز.

رابعاً- إذا نزل المدين مقدماً عن حقه في التمسك بالمقاصة وذلك في القانون اللبناني فقط (م ٣٣١ / ٤) دون القانون المصري. ذلك أن القانون الأخير ينص في المادة ١/١٦٥ مدني على أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل توافر شروطها، وذلك حملياً منه للجانب الضعيف من المتعاملين، بعد أن تبين أن من الدائنين - وخاصة

البفوك - من يشترط على المدينين الفنازل مقدا عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم في المستقبل من حقوق في ذمة دائنيهم .

٥٢٩- آثار المقاصة،

للمقاصة وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفى دينه بحقه . ولكن إذا اختلف مقدار الدينين، وهذا هو الغالب، فإن إنقضاءهما يكون بقدر الأقل منهما، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضى بتمامه بل بقدر ما يقابله من الدين الأصغر، ولذا تعتبر المقاصة إحدى الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها المشرع للوفاء الجزئي دون حاجة إلى رضا الدائن بذلك .

والمقاصة القانونية لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وإذا امتنع على للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، بل إن السكوت عن التمسك بها من صاحب المصلحة فيها ما يعتبر نزولاً ضمنيّاً عنها، والنزول عن المقاصة جائز بعد ثبوت الحق فيها في القانون المصري ومن باب أولى في القانون اللبناني، لأن هذا القانون الأخير يجيز للنزول عنها حتى قبل توافر شروطها .

ويرتب على المقاصة إنقضاء الدينين لا من وقت التمسك بها، بل من الوقت الذي أصبح فيه صالحين للمقاصة، ويرتب على ذلك أنه إذا كان أحد الدينين يغل فائدة، فلا تعسب الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها، لأن هذا الدين يعتبر قد انقضى من وقت الصلاحية للمقاصة .

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

٥٢٠- التعريف باتحاد الذمة وأقسامه:

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. واتحاد الذمة لا يقتصر على الإلزامات أو الحقوق الشخصية وحدها، بل يتناول كذلك الحقوق للعينية، ويسمى في هذه الحالة «بالإدغام» (راجع المادة ٢٧٠ مدني و٢٢٧ موحيات).

٥٢١- اتحاد الذمة في الحقوق العينية:

قد تتجزأ عناصر الملكية فيكون لشخص حق الإنتفاع ولآخر حق الرقبة، فإذا توفي الداني وورثه الأول تجمعت هذه العناصر لشخص واحد، وبذلك حق الإنتفاع الذي كان مفقوداً على عقار الغير.

٥٢٢- اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية:

ينقسم الدين أي الحق الشخصي باتحاد الذمة إذا خلف الدائن لمدين، أو خلف المدين للدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص داللاً لنفسه لمديناً لها. واتحاد الذمة يقع حال الحياة أو بسبب الوفاة.

٥٢٣- اتحاد الذمة حال الحياة:

من الأمثلة على اتحاد الذمة حال الحياة شراء شركة السندات التي سبق لها إصدارها، لأن بشراء هذه السندات - وهي ديون على الشركة - يجمع في هذه الأخيرة صفة الدائن والمدين.

٥٢٤- إتحاد الذمة بسبب الوفاة:

يقع إتحاد الذمة بسبب الوفاة إذا كان للمدين وارثا للدائن وتوفي هذا الأخير، إذ يصبح المدين دائناً لنفسه، فينقضى الدين بإجتماع الصفتين فيه. كذلك يقع إتحاد الذمة إذا توفي المدين فوارثه الدائن، غير أن هذه الضرورة من صور إتحاد الذمة تعطّلها القاعدة الشرعية التي تقضى: «بألا تركة إلا بعد سداد الديون»، إذ وفقاً لهذه القاعدة لا يرث الوارث ديون مورثه، بل يتعين سداد هذه الديون أولاً من التركة قبل إنتقالها إلى الوارث، وعلى ذلك إذا مات المورث مديناً لمورثه، يستوفى الوارث أولاً دينه من التركة بإعتباره دائناً، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك يقتل إليه بإعتباره وارثاً.

٥٢٥- زوال سبب إتحاد الذمة:

إتحاد الذمة يعتبر في الواقع مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك إذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة عاد إلى الوجود واعتبر كأن لم ينقض أبداً، فمثلاً إذا أوصى للدائن لمدينه بالدين الذي له في ذممه، ثم أبطلت الوصية، عاد الدين الموصى به إلى الوجود بأثر رجعي، هذا ويلاحظ أنه إذا كان المدين وارثاً للدائن، وتحدثت الذمة بسبب وفاة هذا الأخير، فإن الحق الذي لنقضى بإتحاد الذمة، يعتبر قائماً عند تقدير قيمة التركة لإحتساب رسم الأيلولة.

الفرع الثالث

إنقضاء الإلتزام دون وفاة

٥٢٦- أسباب ثلاثة:

«نقضى الإلتزام دون وفاة لو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهي: الإبراء، وإستعانة الخفيذ، والتفادم المسقط.

المبحث الأول

الإبراء

٥٢٧- التعريف بالإبراء:

الإبراء تصرف قانوني به ينقضي الإلتزام دون مقابل. والإبراء يتم في التقنين المدني المصري بالإرادة المنفردة للدائن، أما في القانون اللبناني فيعتبر الإبراء عقداً يتم باتفاق الدائن مع المدين.

٥٢٨- طبيعة الإبراء وأحكامه:

يعتبر الإبراء من أعمال النزع. ويعتقب عليه إذا تناول الإلتزام المدين انقضاء هذا الإلتزام وانقضاء التأميدات التي كانت له، سواء أكانت تأميمات شخصية كال كفالة أم عينية كالرهن.

أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرا ذمة المدين، لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع (راجع المواد ٢٧١ و ٣٧٢ مدني و ٣٣٨ موجدات).

المبحث الثاني

إستحالة التنفيذ

٥٢٩- انقضاء الإلتزام بالإستحالة:

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً على المدين لسبب أجنبي، فإن هذا الإلتزام ينقضي (م ٢٧٢ مدين و ٢٤١ و ٢٤٢ موجدات). غير أنه يشترط لإنقضاء الإلتزام في هذه الحالة ما يأتي:

أولاً- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً على المدين إستحالة تامة،

لأنه إذا أصبح مرهقا له فقط، فلا يكون من شأن هذا الإرهاق أن يؤدي إلى إنقضاءه، وإن أدى إلى رده إلى الحد المعقول وفقا لنظرية الظروف الملائمة.

ثانيا- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالتقاع القاهرة أو خطأ الغير. أما إذا لم يثبت المدين أن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام لا يذمى ولن أصبح تقاعته عذرا مستلزما ولا يرفع عنه في هذه الحالة الإلزام إلى التنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض.

٥٤٠- الآثار التي تقترب على استحالة التنفيذ:

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، إنقضاء الالتزام وما يتبعه من تأميمات عينيه أو شخصيه، وبرائة دمة المدين برائة تامة، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض، لأن الفرض أن الاستحالة ليست راجعة إلى خطئه.

والذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة في العقود الملزمة للجانبين هو المدين، فإذا استحال على البائع تسليم المبيع - وهو مدين بذلك - إنقضى هذا الالتزام وانقضى بالتبالي التزام المشتري بدفع الثمن. أما في عقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير للأجورة فتكون تبعه الاستحالة على الدائن أي المودع، كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك.

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٥٤١- التعريف بالتقادم المسقط:

التقادم المسقط (prescription extinctive) دفع موجه إلى دعوى

الدائن، يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه.

وترجع صلة تقرير التقادم المسقط إلى إعتبارات تتعلق بالنظام العام والأمن المدني في الجماعة. فمن مصلحة الجماعة تصفية للمراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات في شأن عقود أو وقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد السندات الخاصة بها أو استحالة تذكرها، مما يقتضيه معه على لقضاء تبين وجه الحق فيها.

ويضاف إلى هذا الإعتبار الذي تسنده مصلحة الجماعة، إعتبار آخر تسنده مصلحة المدين ويسرره أهمال الدائن: ذلك أن في السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء، مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الاحتفاظ بالمخاصة بالدين إلى ما لا نهاية، بل يكفي احتفاظه بها طوال المدة التي قررها المشرع لسقوط حق المطالبة.

على أن قرينة الوفاء المستمدة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة معينة، ليست هي الوجه الوحيد من أوجه رعاية المدين على حساب الدائن المهم، بل هناك وجه آخر يتمثل في منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدي إلى تكليفه بما يجاوز طاقته (راجع للمواد ٣٧٤ - ٣٨٨ مدني و ٣٤٤ - ٣٦١ موجبات).

٥٤٢- مدة التقادم:

الأصل في الإلتزام أن ينقضي بالتقادم الطويل أو التقادم العادي كما يسمى أيضاً، ومدة هذا التقادم خمس عشرة سنة ميلادية في لقانون المصري، وعشر سنوات ميلادية في القانون اللبناني.

والتقادم الطويل هو الأصل كما ذكرنا، بمعنى أنه في جميع الحالات التي لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر يتقادم الالتزام بمعنى المدة الطويلة، كما يتقادم بها الالتزام كذلك إذا تغلف شرط من شروط التقادم القصير.

٥٤٢- التقادم القصير:

إذا كان الأصل هو تقادم الالتزام بمعنى المدة الطويلة، إلا أن هناك حالات ينص فيها المشرع على تقادم الالتزام بمدة أقصر من ذلك، ونشير هنا إلى بعضها فقط.

٥٤٤- التقادم الخمسي:

يسري التقادم الخمسي على ثلاثة أنواع من الحقوق: هي الحقوق الدورية المتجددة، وحقوق أصحاب المهن الحرة، والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية.

ويقصد بالدورية في النوع الأول أن الحق يستحق في ميعاد دوري معين، كأن يستحق كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها بشرط ألا تزيد على سنة في القانون اللبناني. ويقصد بالتجدد أن الحق يستحق في ميعاده الدوري إلى ما لا نهاية، ما دام مصدره قائما.

ومثال الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية، والفوائد، والإيرادات المرتبة، والمهايا والأجور والمعاشات، وريع الأسهم. هذا ويلاحظ أن أفساط الدين ولو أنها دورية إلا أنها ليست متجددة.

أما حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وقد ورد ذكرهم علم سبيل الحصر، فيجب أن تكون واجبة لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم، وهؤلاء هم: الأطباء والصيادلة والمحاسبون والمهندسون ولخبراء ووكلاء النيابة والسامسة والأساتذة والمعلمون.

أما المحرق الناشئة من الأوراق التجارية فالمقصود بها الكمبيالات وهي تعتبر دائماً أفعالاً تجارية، ولو كانت تمثل ديناً مدنياً، والسندات تحت الإذن أو لحاملها إذا كانت محررة من تاجر أو بسبب أعمال تجارية^(١).

٥٤٥- التقادم بسنتين والتقادم الحولي،

بعض أنواع الحقوق تتقادم بسنتين في القانون اللبناني وبسنة واحدة في القانون المصري، من ذلك حقوق التجار والصناع عن أشياء يربوها لأشخاص لا يتجرون في مثل هذه الأشياء، وحقوق أصحاب لفنادق والمطاعم من أجر الإقامة وثمان الطعام، وحقوق العمال والخدم والأجراء، وأساس هذا التقادم هو فريضة اللوفا، ويجب أن تعزز بيمين الاستيفاء التي يوجهها القاضى إلى المدين في القانون المصري (٣٧٨ مدنى).

٥٤٦- كيفية احتساب المدة،

تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادى، وهي تحسب بأيام لا بالساعات، ولا يدخل في حسابها اليوم الأول وهو يوم إتمام إق الدين، وتنتهى المدة بانقضاء اليوم الأخير منها، ويدخل في الحساب أيام الأعياد والمواسم ولو وقعت في نهاية المدة.

٥٤٧- وقف التقادم،

يرقف التقادم أى يحصل سريلته إذا وجد مانع يعذر معه على الدائن

(١) تتقادم بثلاث سنوات القهاري المصرفية على المسحوب عليه القابل للمد فى القانون اللبناني (م ٣٩٨ تجارة).

المطالبة بحقه، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع، ولا يدخل بطبيعة الحال في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثناءها.

وقد يوقف للتقادم لسبب مادي كحرب أو ثورة يترتب عليها إنقطاع المواصلات واستحالة إتخاذ الإجراءات للقضائية للمطالبة بالحق، أو لسبب قانوني كالعلاقة بين الأصيل والنائب كالعلاقة بين المحجور عليه والقيم. ما بقي هذا الأخير قائما على الإدارة، وكالعلاقة بين الموكل والوكيل، أو لسبب أدبي كعلاقة الزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة الأب أو الأم بأولادهما، وعلاقة السيد بخادمه.

هذا وينفرد للتقادم الطويل علوة على ما تقدم بسبب خاص من أسباب الوقف في القانون المصري هو أن يكون الدائن ناقص أو عديم الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية، وليس له نائب بمثله قانونا. أما في القانون اللبناني فيوقف التقادم أيا كانت محته، ولهذا السبب من أسباب الوقف.

٥٤٨- إنقطاع التقادم.

ينقطع التقادم بأسباب معينة أهمها المطالبة القضائية بالحق أو رفع الدعوى به، أو أي إجراء مماثل كتقدم الدائن بطلب لقبول حقه في تقييده أو طلب شهر افلاس المدين. وكذلك بالنسبة بالوفاء وهو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إذ لم يتم بأدائه، أو بقيام الدائن بالمجهز على أموال المدين. أخيراً وليس آخراً ينقطع التقادم بإقرار المدين.

٥١٩- أثر انقطاع التقادم:

يؤدي الإنقطاع إلى محو ما إنقضى من مدة التقادم قبل قيام سببه، على أن يبدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على قيام سبب الانقطاع. فلذا أقر المدين بالدين مثلاً إنقطع التقادم وزالت المدة السابقة على الإقرار، وبدأ تقادم جديد.

والأصل أن مدة التقادم الجديد هي مدة للتقادم الأول، إلا أنه في بعض الحالات يتحول التقادم، أي تقصر مدته، فمثلاً إذا انقطع التقادم بإقرار المدين، وكان الحق بتقادم بسنة واحدة، فإن مدة التقادم الجديد تكون خمسة عشرة سنة، لأنه بالإقرار تهدم قرينة الوفاء التي كان يقوم عليها هذا التقادم للحولي.

٥٥٠- التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط:

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا تقتصر فيها أحكام التقادم السابق الإشارة إليها، فلا تقبل مثلاً الوفاء أو الإنقطاع، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط، ومن الأمثلة عليها سيعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيها وإلا كانت غير مقبولة (م ١٢٩/٢ مدني)، وميعاد الثلاث سنوات المحدد لجواز إسترداد المنقول الضائع أو الممسروق (م ٩٧٧/١ مدني)، وميعاد الشهر الواجب على المشتري إخطار البائع فيه بظهور خلل في السبيع. إذا كان قد ضمن صلاحيته للعمل (م ٤٤٥ مدني).

تم بفضل الله وعونه

الفهرست

صفحة

القسم الأول القانون

٩

١- ضرورة القانون للجماعة. ٢- منهج الدراسة.

الباب الأول

١٥

التعريف بالقانون وخصائصه وأقسامه

٣- تقسيم:

الفصل الأول - التعريف بالقانون

٤- المعاني المتعددة لإستلاح القانون. ٥- تعريف القانون.
٦- تحليل القاعدة. ٧- خصائص القانون. ٨- الخصوصية الأولى
- قانون مجموعة قواعد اجتماعية. ٩- الخصوصية الثانية -
القانون مجموعة قواعد سلوك. ١٠- الخصوصية الثالثة - أن
القانون مجموعة قواعد مجرية وعامة. ١١- الخصوصية الرابعة
- أن القانون مجموعة قواعد ملزمة. ١٢- القانون والقواعد
الاجتماعية الأخرى. ١٣- القانون وقواعد المجاملات والعادات
والفقاليد. ١٤- القانون والأخلاق. ١٥- الجزاء والغاية في كل
من القانون والأخلاق. ١٦- صلة القانون بالدين. ١٧- صلة
القانون بعلوم الاجتماع الأخرى. ١٨- القانون بين المذهبيين
الفردى والاشتراكي.

٣٥

الفصل الثاني - الروابط القانونية

١٩- أنواع القواعد القانونية.

صفحة

٢٦

الفرع الأول - أقسام القانون وفروعه

٢٠ - تمهيد.

٢٧

المبحث الأول - التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

٢١ - معيار التفرقة. ٢٢ - أهمية التفرقة بين القانون العام

والقانون الخاص.

٤٠

المطلب الأول - القانون العام

٢٣ - فروع القانون العام. ٢٤ - القانون الدولي العام. ٢٥ -

القانون الدستوري. ٢٦ - القانون الإداري. ٢٧ - القانون المالي.

٢٨ - قانون العقوبات. ٢٩ - قانون الإجراءات الجنائية.

٤٥

المطلب الثاني - القانون الخاص

٣٠ - فروع القانون الخاص. ٣١ - قانون المدني. ٣٢ - القانون

التجاري. ٣٣ - القانون البحري. ٣٤ - القانون للجري. ٣٥ -

قانون العمل. ٣٦ - قانون المرافعات. ٣٧ - القانون الدولي

الخاص.

٥١

الفرع الثاني - القواعد الأمرة والقواعد المكملة

٣٨ - تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها للمزمة. ٣٩ - للقواعد

الأمرة. ٤٠ - القواعد المكملة. ٤١ - معيار التفرقة بين القواعد

الأمرة والقواعد المكملة. ٤٢ - الطريق الأول - صياغة النص.

٤٣ - الطريق الثاني - مضمون النص. ٤٤ - للنظام العام. ٤٥ -

تطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون العام. ٤٦ - لتنظيم

العام للدولة والقوانين المتعلقة بالأمن العام. ٤٧ - للنظم المالية.

٤٨ - للنظم الإدارية. ٤٩ - للحريات العامة. ٥٠ - تطبيقات

لفكرة للنظام العام في نطاق القانون الخاص. ٥١ - الحالة المدنية

للشخص وأهليته. ٥٢ - نظام الأسرة. ٥٣ - الأحوال العينية.

٥٤ - الآداب. ٥٥ - تطبيقات لفكرة الآداب.

صفحة

- الباب الثاني**
- تكوين القاعدة القانونية ومصادرها**
- ٥٦ - تقسيم :
- ٦٧ الفصل الأول - تكوين القاعدة القانونية.
- ٥٧ - بناء القاعدة القانونية.
- ٦٨ الفرع الأول - مضمون القاعدة القانونية.
- ٥٨ - عناصر المضمون.
- ٦٨ المبحث الأول - عنصر الواقع في القاعدة القانونية.
- ٥٩ - العوامل التي يتأثر بها واقع الحياة . ٦٠ - للعوامل الطبيعية .
- ٦١ - العوامل الاقتصادية . ٦٢ - العوامل الاجتماعية والسياسية .
- ٦٣ - للعوامل الدينية والأخلاقية .
- ٧١ المبحث الثاني - العنصر المثالي في القاعدة القانونية.
- ٦٤ - فكرة الحل . ٦٥ - الحل الخاص والحل العام .
- ٧٢ المبحث الثالث - المذاهب الفلسفية.
- ٦٦ - للمذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية .
- ٧٤ المطلب الأول - مذهب القانون الطبيعي.
- ٦٧ - للقانون الوضعي والقانون الطبيعي . ٦٨ - فكرة القانون الطبيعي في المجتمعات القديمة . ٦٩ - فكرة القانون الطبيعي في القرون الوسطى . ٧٠ - القانون الطبيعي في القرنين السابع والثامن عشر . ٧١ - القانون الطبيعي والمقد الاجتماعي . ٧٢ - للقانون الطبيعي ذي المحدود المنغبرة . ٧٣ - إحياء للقانون الطبيعي ، في ، صورته التقليدية .
- ٨٤ المطلب الثاني - المذاهب الواقعية.
- ٧٤ - تعدد المذاهب الواقعية . ٧٥ - ظهور المذهب التاريخي .
- ٧٦ - مقومات المذهب التاريخي . ٧٧ - تقدير المذهب التاريخي .

صفحة

٨٨

المطلب الثالث - المذهب المختار أو المتوسطة

٧٨- الجمع بين للمادية والواقعية. ٧٩- أساس القانون عند
جنس. ٨٠- الحقائق المكونة للمادة القانونية. ٨١- الحقائق
الواقعية أو الطبيعية. ٨٢- الحقائق التاريخية. ٨٣- الحقائق
العقلية. ٨٤- الحقائق المادية. ٨٥- تذيب الحقائق العقلية. ٨٦-
الصياغة أو الصناعة في القاعدة القانونية.

٩٤

الفرع الثاني - شكل القاعدة القانونية.

٨٧- للصياغة القانونية.

٩٤

المبحث الأول - أنواع الصياغة القانونية.

٨٨- الصياغة الجامدة والصياغة المرنة. ٨٩- للصياغة
الجامدة. ٩٠- الصياغة المرنة. ٩١- الحاجة إلى نوعي
الصياغة معا.

٩٧

المبحث الثاني - طرق أو أدوات الصياغة القانونية

٩٢- الطرق المادية والطرق المعنوية.

٩٨

المطلب الأول - الطرق المادية

٩٣- المقصود بالطرق المادية. ٩٤- إحلال الكم محل الكيف.
٩٥- الشكليات.

١٠٠

المطلب الثاني الطرق المعنوية

٩٦- المقصود بالطرق المعنوية. ٩٧- للقرائن القانونية. ٩٨-
الحبل أو الافتراضات القانونية.

١٠٥

الفصل الثاني - مصادر القاعدة القانونية

٩٩- للمصادر المادية والمصادر الرسمية. ١٠٠- تطور المصادر
الرسمية. ١٠١- المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية. ١٠٢-
تقسيم.

١٠٩

الفرع الأول - المصادر الرسمية

١٠٣- بيان هذه المصادر.

صفحة

١٠٩

المبحث الأول - المصدر الأصلي - التشريع

١٠٤ - تقسيم .

١١٠

المطلب الأول - التعريف بالتشريع وخصائصه

١١٠٥ - التعريف بالتشريع . ١٠٦ - مزايا التشريع . ١٠٧ -

عيوب التشريع .

١١٢

المطلب الثاني - أنواع التشريع

١٠٨ - تدرج التشريعات من حيث القوة . ١٠٩ - التشريع

الأساسي . ١١٠ - التشريع الرئيسي . ١١١ - التشريع الفرعي .

١١٥

المطلب الثالث - سن التشريع ونطاقه

١١٢ - سن التشريع . ١١٣ - حالة للضرورة . ١١٤ - حالة

للفرض . ١١٥ - حالة الاستعجال في القانون اللبناني . ١١٦ -

نفاذ التشريع . ١١٧ - الإصدار . ١١٨ - النشر .

١٢٠

المطلب الرابع - التقنين

١٩ - المقصود بالتقنين . ١٢٠ - مزايا التقنين . ١٢١ - عيوب

للتقنين . ١٢٢ - انتشار حركة التقنين .

١٢٥

المبحث الثاني - المصادر الاحتياطية

١٢٣ - تحديد هذه المصادر .

١٢٥

المطلب الأول - الدين

١٢٤ - الدين كمصدر رسمي للقانون . ١٢٥ - الدين كمصدر

رسمي للقانون في مصر . ١٢٦ - مسائل الأحوال الشخصية .

١٢٧ - الوفاق . ١٢٨ - الهبة . ١٢٩ - الميراث والوصية . ١٣٠ -

مسائل الأهلية والولاية على المال . ١٣١ - المسائل المتعلقة

بالأسرة . ١٣٢ - الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان .

صفحة

١٣٦

المطلب الثاني - العرف

١٣٣- مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر . ١٣٤- مزايا العرف وعيوبه .

١- التعريف بالعرف وشروطه.

١٣٨

١٣٥- للتعريف . ١٣٦- شروط العرف . ١٣٧- الركن المادي - الاعتراف على عادة معينة . ١٣٨- الركن المعنوي - الاعتقاد في لزوم العادة . ١٣٩- التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية . ١٤٠- نتائج التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية .

٢- مركز العرف بالنسبة الى التشريع

١٤٤

١٤١- منزلة العرف في القوانين الحديثة . ١٤٢- تقسيم .

أ- نتائج تأخر مرتبة العرف عن التشريع

١٤٥

١٤٣- عدم قدرة العرف على إلغاء تشريع . ١٤٤- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر . ١٤٥- جواز مخالفة العرف للتصويص للمكاملة .

ب- دور العرف بجانب التشريع

١٤٩

١٤٦- تحديد دور العرف كمصدر تكميلي . ١٤٧- العرف المكمل للتشريع . ١٤٨- للعرف المعاون للتشريع .

ج- أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

١٥١

١٤٩- اختلاف أثر العرف باختلاف فروع القانون . ١٥٠- أثر العرف في القانون الدستوري . ١٥١- أثر العرف في القانون الإداري . ١٥٢- أثر العرف في القانون الدولي العام . ١٥٣- أثر العرف في القانون الجنائي . ١٥٤- أثر العرف في القانون المدني . ١٥٥- أثر العرف في القانون التجاري .

صفحة

١٥٤

المطلب الثالث - مبادئ الشريعة الإسلامية

١٥٦ - اختلاف الوضع في مجال الأحوال الشخصية عنه في مسائل المعاملات.

١٥٥

المطلب الرابع - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٥٧ - الغرض من الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

١٥٨ - المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

١٥٧

الفرع الثاني - المصادر التفسيرية

١٥٩ - المقصود بالتفسير، ١٦٠ - الفقه، ١٦١ - القضاء، ١٦٢ - المقارنة بين عمل الفقه وعمل القضاء في تفسير القانون.

الباب الثالث

تطبيق القانون

١٦٣ - تقسيم.

١٦٢

الفصل الأول - نطاق القاعدة القانونية بالنظر إلى

المخاطبين بأحكامها

١٦٤ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون، ١٦٥ - الاستثناء الذي يرد على المبدأ.

١٦٧

الفصل الثاني - نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

١٦٦ - إقليمية القوانين وشخصية القوانين، ١٦٧ - الاستثناءات من مبدأ الإقليمية للقوانين.

١٧١

الفصل الثالث - نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

١٦٨ - تمهيد.

١٧١

الفرع الأول - إلغاء القاعدة القانونية

١٦٩ - المقصود بالإلغاء

١٧٢

المبحث الأول - أنواع الإلغاء

١٧٠ - الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، ١٧١ - الإلغاء

صفحة

- الصریح . ١٧٢ - الإلغاء الضمني . ١٧٣ - التعارض بين قاعدة جديدة وأخرى قديمة . ١٧٤ - تنظيم نفس الموضوع من جديد .
- ١٧٥ **المبحث الثاني - السلطة التي تملك الإلغاء**
١٧٥ - يملك الإلغاء من يملك الانشاء . ١٧٦ - الأثر المترتب على تدرج مصادر القانون .
- ١٧٧ **الفرع الثاني - تنازع القوانين في الزمان**
١٧٧ - وجه المشكلة . ١٧٨ - الإعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين . ١٧٩ - الإستثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين .

القسم الثاني

الحق

١٨٢

مقدمة

١٨٠ - التعريف بالحق . ١٨١ - خطة البحث .

الباب الأول

أنواع الحق

- ١٨٢ - تقسيم . ١٨٣ - الحقوق السياسية . ١٨٤ - الحقوق المدنية .
١٨٥ - الحقوق العامة . ١٨٦ - الحقوق الخاصة . ١٨٧ - حقوق الأسرة . ١٨٨ - الحقوق المالية .
- ١٨٩ **الفصل الأول - الحق العيني**
١٨٩ - التعريف بالحق العيني .
- ١٨٩ **الفرع الأول - الحقوق العينية الأصلية**
١٩٠ - التعريف بالحق العيني الأصلي . ١٩١ - حق الملكية .
١٩٢ - الحقوق المنفردة عن الملكية . ١٩٣ - حق الإنتفاع .

صفحة

- ١٩٤ - حق الاستعمال وحق السكنى. ١٩٥ - حق للحكم. ١٩٦ - حق الارتفاق.
- ١٩٢ **الفرع الثاني - الحقوق العينية التبعية**
- ١٩٧ - للفرض من تقرير هذه الحقوق. ١٩٨ - للرهن الرسمي.
- ١٩٩ - للرهن الجبازى. ٢٠٠ - حق الإختصاص. ٢٠١ - حقوق الامتياز.
- ١٩٩ **الفصل الثاني - الحق الشخصى**
- ٢٠٢ - التعريف بالحق الشخصى. ٢٠٣ - أنواع الحق الشخصى.
- ٢٠٤ - التعريف بالحق للمعروف. ٢٠٥ - المقصود بالمؤلف.
- ٢٠٦ - أنواع المصنف. ٢٠٧ - الطبيعة للمؤسسة لحق المؤلف.
- ٢٠٨ - الحق الأبدى. ٢٠٩ - الحق المالى.
- ٢٠١ **الفصل الثالث - الحق المعنوي**
- الباب الثاني**
- أركان الحق**
- ٢١٠ - ركن الحق
- ٢٠٩ **الفصل الأول - أشخاص الحق**
- ٢١١ - المقصود بالشخص. ٢١٢ - تقسيم.
- ٢١٠ **الفرع الأول - الشخص الطبيعى**
- ٢١٣ - الانسان.
- ٢١٠ **المبحث الأول - مدة الشخصية**
- ٢١٤ - بدء الشخصية. ٢١٥ - القيد الأول - الولادة حيا. ٢١٦ - القيد الثانى - الجنين. ٢١٧ - نهاية الشخصية. ٢١٨ - للمفقود.
- ٢١٩ - ما يترتب على الحكم باعتبار للمفقود ميتا. ٢٢٠ - ظهور حياة المفقود.

صفحة

٢١٤

المبحث الثاني - مميزات الشخصية

٢٢١ - تقسيم.

٢١٥

المطلب الأول - العائلة

٢٢٢ - التعريف بالعائلة. ٢٢٣ - إلتساب الشخص إلى دولة

معيّنة. ٢٢٤ - إلتساب الشخص إلى أسرة معيّنة. ٢٢٥ - إلتساب

الشخص إلى دين معين.

٢١٩

المطلب الثاني - الاسم

٢٢٦ - المقصود بالاسم وتكوينه. ٢٢٧ - طبيعة حق الإنسان

على إسمه. ٢٢٨ - ثبات الإسم. ٢٢٩ - حماية الاسم. ٢٣٠ -

الاسم التجاري.

٢٢٢

المطلب الثالث - للموطن

٢٣١ - التعريف بالموطن وتصنيفه. ٢٣٢ - أنواع المواطن.

٢٣٣ - موطن الأعمال. ٢٣٤ - موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما

يمتلك أهلاً لمباشرة من تصرفات. ٢٣٥ - المواطن المختار.

٢٢٥

المطلب الرابع - الذمة المالية

٢٣٦ - التعريف بالذمة المالية وأهميتها.

٢٢٧

المبحث الثالث - الأهلية

٢٣٧ - موضوعات البحث.

٢٢٧

المطلب الأول - ميادئ الأهلية

٢٣٨ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ٢٣٩ - إلتصال أحكام الأهلية

بالنظام العام. ٢٤٠ - عبء ثبات عدم الأهلية أو نقصها.

٢٢٩

المطلب الثاني - العوامل التي تتأثر بها الأهلية

٢٤١ - بيان هذه العوامل.

مضحة

٢٢٩

١- السن

٢٤٢- تدرج الأهلية وفقاً للسن. ٢٤٣- الاستثناءات من القاعدة العامة في شأن أهلية للصبي المميز. ٢٤٤- سن الرشد.

٢٣٢

٢- عوارض الأهلية

٢٤٥- بيان للعوارض. ٢٤٦- الجنون. ٢٤٧- العته. ٢٤٨- السفه والنفلة.

٢٣٧

٢- موانع الأهلية

٢٤٩- بيان للموانع. ٢٥٠- الغيبة. ٢٥١- الحكم بفقرة جنابة. ٢٥٢- العامة.

٢٤٠

الفرع الثاني - الشخص المعنوي أو الاعتباري

٢٥٣- الحاجة إلى الشخصية المعنوية. ٢٥٤- التعريف بالشخص المعنوي. ٢٥٥- تقسيم.

٢٤٢

المبحث الأول - مدى الشخصية المعنوية

٢٥٦- أهلية وجوب الشخص المعنوي.

٢٤٤

المبحث الثاني - ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية

٢٥٧- بدء الشخصية المعنوية. ٢٥٨- انتهاء الشخصية المعنوية.

٢٤٦

المبحث الثالث - أنواع الشخص المعنوي

٢٥٩- تقسيم الشخص المعنوي إلى عام وخاص. ٢٦٠- الأشخاص المعنوية العامة. ٢٦١- الأشخاص المعنوية الخاصة.

٢٤٨

المبحث الرابع - مظاهر الشخصية المعنوية

٢٦٢- بيان هذه المظاهر. ٢٦٣- الاسم. ٢٦٤- الوطن. ٢٦٥- الحالة. ٢٦٦- الذمة.

صفحة

- ٢٥١ الفصل الثاني - محل الحق
٢٦٧ - تمهيد.
- ٢٥٢ الفرع الأول - الأعمال
٢٦٨ - شروط للعمل بوصفه محلاً للحق. ٢٦٩ - شرط الإمكان.
٢٧٠ - شرط التعيين. ٢٧١ - شرط المشروعية.
- ٢٥٤ الفرع الثاني - الأشياء
٢٧٢ - للتمييز بين الأموال والأشياء
- ٢٥٤ المبحث الأول - الأشياء القابلة للتعامل فيها
٢٧٣ - الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها. ٢٧٤ - الأشياء
الخارجة عن التعامل بطبيعتها. ٢٧٥ - الأشياء الخارجة عن
التعامل بحكم القانون.
- ٢٥٦ المبحث الثاني - تقسيمات الأشياء
٢٧٦ - الأشياء المادية.
- ٢٥٦ المطلب الأول - العقارات والمنقولات
٢٧٧ - أساس التفرقة بين العقار والمنقول. ٢٧٨ - أهمية تقسيم
الأشياء إلى عقارات ومنقولات.
- ٢٥٨ ١- العقارات
٢٧٩ - الأصل والإستثناء. ٢٨٠ - العقار بالطبيعة. ١٨٢ - العقار
بالخصيص. ٢٨٢ - علة إعتبار المنقول عقار بالخصيص.
- ٢٦١ ٢- المنقولات
٢٨٣ - الأصل والإستثناء. ٢٨٤ - المنقول بالطبيعة. ٢٨٥ -
المنقول بحسب المال.
- ٢٦٢ المطلب الثاني - الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك
٢٨٦ - أساس التفرقة. ٢٨٧ - فائدة التفرقة. ٢٨٨ - أساس
التفرقة. ٢٨٩ - أهمية التفرقة.

صفحة

٢٦٤	المطلب الثالث - الأشياء المثلية والأشياء القيمية
٢٦٧	الباب الثالث
	مصادر الحق وأثباته

٢٩٠ - تقسيم.

٢٦٩	الفصل الأول - مصادر الحق
-----	--------------------------

٢٩١ - مصدر الحق. ٢٩٢ - الواقعة الطبيعية. ٢٩٣ - الواقعة

الاختيارية. ٢٩٤ - العمل المادي. ٢٩٥ - العمل لقانوني.

٢٧٣	الفصل الثاني - اثبات الحق
-----	---------------------------

٢٩٦ - المبادئ التي تحكم الإثبات. ٢٩٧ - طرق الإثبات.

٢٩٨ - الإثبات بالكتابة. ٢٩٩ - الإثبات بشهادة الشهود. ٣٠٠ -

القرائن. ٣٠١ - الإقرار. ٣٠٢ - اليمين.

القسم الثالث

مبادئ نظرية الالتزام

٢٧٧	مقدمة
-----	-------

٣٠٣ - التعريف بالالتزام. ٣٠٤ - مصادر الالتزام.

٣٠٥ - تقسيم.

الباب الأول

٢٧٩	العقد
-----	-------

تمهيد

٣٠٦ - التعريف بالعقد. ٣٠٧ - تقسيمات للعقود. ٣٠٨ - العقود

الرضاوية والشكلية والمينية. ٣٠٩ - العقود الملزمة لجانب واحد

والعقود الملزمة للجانبين. ٣١٠ - عقود المعاوضة وعقود التبرع.

٣١١ - العقود المعقدة والعقود الاحتمالية.

صفحة

- ٣١٢- العقود القورية والعقود الممندة. ٣١٣- العقود المسماة
والعقود غير المسماة. ٣١٤- العقود البسيطة والعقود المختلطة.
٣١٥- منهج البحث.
- ٢٨٧ الفصل الأول - انعقاد العقد
٣١٦- أركان العقد.
- ٢٨٧ المبحث الأول - التراضي
٣١٧- بيان الموضوعات.
- ٢٨٧ المبحث الأول - طرهما العقد
٣١٨- الأهلية والنيابة في التعاقد.
- ٢٨٨ المطلب الأول - الأهلية
٣١٩- أهلية الوجوب وأهلية الأداء.
- ٢٨٨ المطلب الثاني - النيابة في التعاقد
٣٢٠- التعريف بالنيابة
- ٢٨٩ ١- شروط وجود النيابة
٣٢١- بيان الشروط - ٣٢٢- الشرط الأول - إخلال إرادة
الذات محل إرادة الأصل. ٣٢٣- للشرط الثاني - العلم
بالنيابة. ٣٢٤- الشرط الثالث - إلزام النائب حدود النيابة.
- ٢٩١ ٢- أحكام النيابة
٣٢٥- الآثار التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة.
- المبحث الثاني - وجود التراضي
٣٢٦- معنى التراضي. ٣٢٧- التعبير عن الإرادة. ٣٢٨-
التعبير الصريح والتعبير الضمني. ٣٢٩- التعبير عن الإيجاب.
٣٣٠- التعبير عن القبول. ٣٣١- هل يعتبر السكوت قبولا؟
٣٣٢- القبول في عقود المزارع. ٣٣٣-

صفحة

القبول في عقود الأذعان. ٣٣٤- تبادل التعبير عن الإرادة.
٣٣٥- الوعد بالتعاقد. ٣٣٦- التعاقد بالمرهون. ٣٣٧- التعاقد
بين غائبين.

٢٩٨ البحث الثالث - عيوب الرضاء
٣٣٨- الإرادة غير الموجودة والإرادة السمية.

٢٩٩ المطلب الأول - الغلط
٣٣٩- التعريف بالغلط. ٣٤٠- الغلط الجوهرى. ٣٤١- الغلط
الدخل في نطاق العقد.

٣٠١ المطلب الثاني - التدليس
٣٤٢- التعريف بالتدليس. ٣٤٣- عناصر التدليس. ٣٤٤-
العصر الأول - إسحصال العيلة. ٣٤٥- العنصر الثاني - ثبة
التدخل الوصول إلى غرض غير مشروع. ٣٤٦- العنصر
الثالث - أن تكون العيلة مزورة. ٣٤٧- التدليس الصادر من
أجنبي عن العقد.

٣٠٢ المطلب الثالث - الإكراه
٣٤٨- التعريف بالإكراه. ٣٤٩- عناصر الإكراه. ٣٥٠-
العنصر الأول - بحث للرغبة. ٣٥١- العنصر الثاني - عدم
مشروعية الرغبة. ٣٥٢- تبعات الرغبة عن إكراه صادر من
الغير أو من ظروف تهيأت مصادفة.

٣٠٥ المطلب الرابع - الاستغلال
٣٥٣- الاستغلال والغبن. ٣٥٤- عناصر الاستغلال. ٣٥٥-
العنصر المادى. ٣٥٦- العنصر النفسى. ٣٥٧- جزاء
الاستغلال. ٣٥٨- حالات الغبن المادية.

٣٠٨ الفرع الثاني - المحل
٣٥٩- التعريف بالمحل. ٣٦٠- شروط المحل - اجمالة.

٣٠٩ الفرع الثالث - السبب

صفحة

- ٣٦١- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٦٢- شروط سبب العقد.
٣٦٣- شروط سبب الالتزام.
- ٣٦٤- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٦٥- شروط سبب العقد.
٣٦٦- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٦٧- شروط سبب العقد.
٣٦٨- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٦٩- شروط سبب العقد.
- ٣٦٩- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٧٠- شروط سبب العقد.
- ٣٧١- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٧٢- شروط سبب العقد.
- ٣٧٣- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٧٤- شروط سبب العقد.
- ٣٧٥- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٧٦- شروط سبب العقد.
- ٣٧٧- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٧٨- شروط سبب العقد.
- ٣٧٩- سبب العقد وسبب الالتزام. ٣٨٠- شروط سبب العقد.

صفحة

- قائمة الاشتراط لمصلحة الغير. ٣٨١- آثار الاشتراط لمصلحة الغير. ٣٨٢- علاقة المشرط والمتمهد. ٣٨٣- علاقة المشرط بالمنتفع. ٣٨٤- علاقة المتمهد بالمنتفع. ٣٨٥- حق المشرط في نقض المشرطة.
- ٣٣٧ الفصل الثالث - تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية
- ٣٨٦- القوة الملزمة للعقد.
- ٣٣٧ الفرع الأول - تنفيذ العقد
- ٣٨٧- تحديد الموضوع.
- ٣٣٨ المبحث الأول - تفسير العقد
- ٣٨٨- قواعد التفسير. ٣٨٩- ومنح عبارة للعقد. ٣٩٠- غرض عبارة العقد. ٣٩١- للتفسير في عقود الأذعان.
- ٣٣٠ المبحث الثاني - تعديل مضمون العقد
- ٣٩٢- استكمال العقد. ٣٩٤- طبيعة الإلزام. ٣٩٥- للقوانين الكاملة والمفسرة. ٣٩٦- العرف. ٣٩٧- للعقود.
- ٣٣٢ المبحث الثالث- احترام قانون العقد
- ٣٩٨- منهج البحث.
- ٣٣٢ المطلب الأول - القاصدة العامة في شأن قانون العقد
- ٣٩٩- مضمون القاعدة. ٤٠٠- إنزال قانون للعقد في عدم جواز نفسه أو تعديله إلا بالاتفاق. ٤٠١- مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد.
- ٣٣٤ المطلب الثاني - نظرية الظروف الطارئة
- ٤٠٢- الحاجة إلى النظرية. ٤٠٣- شروط الأخذ بالنظرية.
- ٤٠٤- سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية.
- ٣٣٦ الفرع الثاني - جزاء عدم التنفيذ أو المسؤولية العقدية

صفحة

- ٤٠٥- أركان المسؤولية. ٤٠٦- للخطأ. ٤٠٧- المنعرج.
٤٠٨- علاقة السببية.
- ٣٣٩ **الفرع الثالث - زوال الرابطة التعاقدية**
٤٠٩- أسباب زوال الرابطة التعاقدية.
- ٣٣٩ **المبحث الأول - فسخ العقد**
٤١٠- التعريف بالفسخ.
- ٣٤٠ **المطلب الأول - شروط الفسخ**
٤١١- بيان الشروط. ٤١٢- الشرط الأول - أن يكون العقد من العقود الثابتة. ٤١٣- الشرط الثاني - ألا يكون طالب الفسخ منصرفاً في تنفيذ التزامه وأن يكون قادراً على إعادة العمل إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. ٤١٤- الشرط الثالث - أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه.
- ٣٤١ **المطلب الثاني - كيفية تقرير الفسخ**
٤١٥- الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي.
- ٣٤٢ **١- الفسخ القضائي**
٤١٦- كيف يقرر الفسخ القضائي. ٤١٧- سلطة القاضي في دعوى الفسخ. ٤١٨- حق الدائن في المدول عن الفسخ وحق المدين في إبقاء الحكم به.
- ٣٤٢ **٢- الفسخ الاتفاقي**
٤١٩- الشرط الفاسخ الصريح.
- ٣٤٢ **المطلب الثالث - آثار الفسخ العقد**
٤٢٠- آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين. ٤٢١- آثار فسخ العقد بالنسبة إلى الغير.

صفحة

٢٤٥ المبحث الثاني - انقضاء العقد وتحمل التبعة

٤٢٢ - انقضاء العقد. ٤٢٣ - تحمل المدين تبعة الاستحالة .

٢٤٦ المبحث الثالث - الدفع بعدم التنفيذ

٤٢٤ - فكرة الدفع بعدم التنفيذ. ٤٢٥ - شروط التمسك بالدفع

للتنفيذ. ٤٢٦ - أن يكون العقد من العقود لتبائية. ٤٢٧ - أن

تكون الالتزامات المتعاقبة مستحقة الأداء. ٤٢٨ - مراعاة حسن

النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. ٤٢٩ - آثار الدفع بعدم

التنفيذ فيما بين المتعاقدين. ٤٣٠ - آثار الدفع بعدم التنفيذ

بالسبة الى الغير. ٤٣١ - انقضاء الدفع بعدم التنفيذ.

الباب الثاني

بعض أحكام الالتزام

محطة الدراسة

٢٥١

٤٣٢ - بيان الموضوعات

٢٥٢ الفصل الأول - آثار الالتزام

٤٣٣ - تقسيم.

٢٥٢ الفرع الأول - الآثار العامة للالتزام

٤٣٤ - الضمان العام. ٤٣٥ - خصائص الضمان العام. ٤٣٦ -

وسائل حماية حقوق الدائنين. ٤٣٧ - الدعوى غير المباشرة.

٤٣٨ - الدعوى البوليسية. ٤٣٩ - دعوى الصورية. ٤٤٠ -

الحق في الحبس. ٤٤١ - تنفيذ الأوامر.

٢٥٣ المبحث الأول - الإصدار

٤٤٢ - المفصود بالإصدار. ٢٤٣ - شكل الإصدار. ٤٤٤ -

مقدمة

الآثار التي تترتب على الإضرار. ٤٤٥ - للحالات المستثناة من ضرورة الإضرار.

المبحث الثاني - التنفيذ العيني

٤٤٦ - الأصل هو التنفيذ العيني. ٤٤٧ - شروط التنفيذ العيني. ٤٤٨ - أن يكون التبعة العيني ممكنا. ٤٤٩ - ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين. ٤٥٠ - للتهديد للمالي أو المرامة التهددية. ٤٥١ - شروط الحكم بالفرامة التهددية. ٤٥٢ - الشرط الأول - أن يكون في الإمكان تنفيذ الإلزام عينا. ٤٥٣ - الشرط الثاني - أن يكون للتنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به لمدين نفسه. ٤٥٤ - مصير الحكم بالفرامة التهددية.

٣٦٥ المبحث الثالث - التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

٤٥٥ - حالات التنفيذ بمقابل. ٤٥٦ - نوعا التعويض. ٤٥٧ - كيفية تقدير التعويض.

٣٦٦ المطلب الأول - التعويض القضائي

٤٥٨ - التعويض القضائي جزاء المسؤولية المدنية.

٣٦٧ المطلب الثاني - التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

٤٥٩ - تعريف الشرط الجزائي. ٤٦٠ - الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي. ٤٦١ - شروط إعمال الشرط الجزائي. ٤٦٢ - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي. ٤٦٣ - تخفيض الشرط الجزائي. ٤٦٤ - زيادة الشرط الجزائي.

٣٧٠ المطلب الثالث - التعويض القانوني أو فوائد التأخير

٤٦٥ - الإلزام بدفع مبلغ من النفود. ٤٦٦ - نوعان من الفوائد. ٤٦٧ - سعر للفائدة. ٤٦٨ - جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها.

صفحة

- الفرع الثاني - الآثار الخاصة لبعض الالتزامات أو
 ٢٧٢ الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام.
 ٤٧١ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف.
 ٢٧٤ المبحث الأول - الشرط
 ٤٧٢ - التعريف بالشرط وأنواعه. ٤٧٣ - الشروط الواجب
 توافرها في الشرط.
 ٢٧٦ المبحث الثاني - الأجل
 ٤٧٤ - التعريف بالأجل. ٤٧٥ - أنواع الأجل. ٤٧٦ - الآثار التي
 تقترب على إضافة الالتزام إلى أجل واقف. ٤٧٧ - للقضاء
 الأجل. ٤٧٨ - سقوط الأجل.
 ٢٧٩ المبحث الثالث - تعدد محل الالتزام
 ٤٧٩ - الالتزام التخييري. ٤٨٠ - الالتزام البدلي.
 ٢٨٠ المبحث الرابع - تعدد طرفي الالتزام
 ٤٨١ - تعدد الدائنين والمدينين.
 ٢٨١ المطلب الأول - التضامن
 ٤٨٢ - التضامن الإيجابي والتضامن السلبي. ٤٨٣ - مصادر
 التضامن السلبي. ٤٨٤ - الآثار التي تقترب على وحدة المصل.
 ٤٨٥ - الآثار التي تقترب على تعدد الروابط. ٤٨٦ - الآثار التي
 تقترب على النيابة التبادلية. ٤٨٧ - علاقة المدينين المتضامنين
 فيما بينهم.
 ٢٨٦ المطلب الثاني - عدم قابلية الالتزام للانقسام
 ٤٨٨ - التعريف بالالتزام غير القابل للانقسام. ٤٨٩ - أسباب
 عدم القابلية للانقسام. ٤٩٠ - عدم الانقسام الطبيعي. ٤٩١ -
 عدم الانقسام المشروط. ٤٩٢ - آثار عدم قابلية الالتزام
 للانقسام.

صفحة

- ٢٨٥ الفصل الثاني - انتقال الالتزام
٤٩٣ - حوالة الحق وحوالة الدين.
- ٢٨٥ الفرع الأول - حوالة الحق
٤٩٤ - التعريف بحوالة الحق. ٤٩٥ - شروط انعقاد ونفاذ الحوالة
٩٠.
- ٢٩٠ الفرع الثاني - حوالة الدين
٤٩٦ - التعريف بحوالة الدين. ٤٩٧ - شروط انعقاد ونفاذ حوالة
الدين. ٤٩٨ - آثار حوالة الدين. ٤٩٩ - صورة خاصة لحوالة
الدين.
- ٢٩٢ الفصل الثالث - انقضاء الالتزام
٥٠٠ - أسباب الانقضاء.
- ٢٩٢ الفرع الأول - الوفاء
١٠٥ - التعريف بالوفاء ونوعاه.
- ٢٩٤ المبحث الأول - الوفاء البسيط
٥٠٢ - الموفى. ٥٠٣ - الموفى له. ٥٠٤ - محل الوفاء. ٥٠٥ -
عزم جواز تجزئة الوفاء. ٥٠٦ - تعدد الدينين من جنس واحد
واحتساب الخصم. ٥٠٧ - زمان ومكان الوفاء ومصاريفه.
- ٢٩٩ المبحث الثاني - الوفاء مع الحلول
٥٠٨ - التعريف بالوفاء مع الحلول وفائده. ٥٠٩ - حالات الوفاء
مع الحلول. ٥١٠ - الحلول بالاتفاق مع الدائن. ٥١١ - الحلول
بالاتفاق مع المدين. ٥١٢ - الحلول للقانوني.
- ٤٠٢ الفرع الثاني - انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

صفحة

٥١٣- طرق الانقضاء للمعاقلة للوفاء.

المبحث الأول - الوفاء بمقابل

٥١٤- التعريف بالوفاء بمقابل. ٥١٥- الشروط اللازمة لتحقيق

الاعتراض.

٤٠٢

المبحث الثاني - التجديد والائابة

٥١٦- التعريف بالتجديد وأنواعه. ٥١٧- آثار التجديد. ٥١٨-

الائابة. ٥١٩- أنواع الايابة.

٤٠٤

المبحث الثالث - المقاصة

٥٢٠- التعريف بالمقاصة وأهميتها. ٥٢١- أنواع المقاصة.

٥٢٢- شروط المقاصة القانونية. ٥٢٣- الشرط الأول- أن يكون

الدينان بين نفس الشخصين. ٥٢٤- الشرط الثاني- أن يكون

الدينان ولردين على نفرد أو مطلبات محددة في النوع. ٥٢٥-

الشرط الثالث- أن يكون الدينان خاليين من النزاع. ٥٢٦- الشرط

الرابع- أن يكون الدينان مستحقين الأداء. ٥٢٧- الشرط الخامس-

أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء. ٥٢٨- الديون

التي لا تجوز فيها المقاصة التقديرية. ٥٢٩- آثار المقاصة.

٤١١

المبحث الرابع - إتحاد الذمة

٥٣٠- التعريف بإتحاد الذمة وأقسامه. ٥٣١- إتحاد الذمة في

الحقوق العينية. ٥٣٢- إتحاد الذمة في الحقوق الشخصية.

٥٣٣- إتحاد الذمة حال الحياة. ٥٣٤- إتحاد الذمة بسبب الوفاة.

٥٣٥- زوال سبب إتحاد الذمة.

٤١١

الفرع الثالث - انقضاء الالتزام دون وفاء

٥٣٦- أسباب ثلاثة.

صفحة

- ٤١٢ المبحث الأول - الإبراء
٥٣٧ - التحريف بالإبراء. ٥٣٨ - طبيعة الإبراء وأحكامه.
- ٤١٢ المبحث الثاني - استحالة التنفيذ
٥٣٩ - انقضاء الالتزام بالاستحالة. ٥٤٠ - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ.
- ٤١٤ المبحث الثالث - التقادم المسقط
٥٤١ - التحريف بالتقادم المسقط. ٥٤٢ - مدد التقادم. ٥٤٣ - التقادم القصير. ٥٤٤ - التقادم الخمسي. ٥٤٥ - التقادم بسنتين والتقادم الحوالي. ٥٤٦ - كيفية احتساب المدة. ٥٤٧ - وقف التقادم. ٥٤٨ - انقطاع التقادم. ٥٤٩ - أثر انقطاع التقادم. ٥٥٠ - التفرقة بين التقادم ومواعيد سقوط.

